Ex legato Dni. Fred: Tornbergi.
a°. 1629

# FRANCISCI HOTMANNI IVRISCONS.

## Quæstionum illustrium liber.

EIVSDEM DISPVTATIO contra cap. Raynutius, de testam.

EIVSDEM vetus-renouata Explanatio in l. Frater à fratre.

*SEXTA EDITIO, denuò recognita.*








Apud Guillelmum Læmarium.

M. D. XCVIII.



ILLVSTRISSIMO
ET POTENTISSIMO PRINCIPI
AC DOMINO,
# DOM. VVILHELMO,
LANDGRAVIO HASSIÆ,
comiti in Catzenelnbogen,
Dietz, Zigenhain,
Nidda,&c.
Domino ſuo clementiſſimo.



Vod à Platone quondam dictum eſt, illuſtriſſime Princeps, eas demum beatas eſſe Reſpublicas, in quibus vel Principes ſapientiæ dediti ſunt, vel ſapientiæ dediti dominantur: id Haſſi c. v. clientes ac ſubiecti veriſſimè dictum fuiſſe experiuntur. Habes à patre Philippo, heroicæ

quondam virtutis Principe, ab auis item & proauis principatum summum: ditionem viris, armis, opibus florentem. Itaque magna toto terrarum orbe illustrissimi tui nominis auctoritas atque amplitudo est: beatúsque inter mortales, qui humanitus humanis de rebus iudicant, eo nomine iudicaris. Verùm ad tuam felicitatem non mediocre momentum illud affert, quòd clientes habes, cùm Platonis, sapientissimi viri, tum etiam suo atque adeò gentium exterarum iudicio beatos. Primùm, quod summum in hac vita bonum est, vt piè ritéque Deum colere liceat, id illi singulari C.T. benignitate consequuti sunt. Quod secundum numeratur, vt otio & pace fruatur, tranquilléque ac placidè vitam degant, neque ciuilibus dissensionibus

conflictentur, id quoque tuo beneficio sunt adepti. An verò quicquam ad eorum felicitatem amplius afferri potest? Facit clementia & mansuetudo tua vt possit. Nam vt eorum iuuentutem artibus optimis exerceri liceat, Academiam instituisti doctissimis viris florentem ac nobilem: in qua ita multos ac præstantes viros liberalitate tua sustentas, vt meritissimo atque optimo iure bonarum artium domicilium dici possit. Neque verò multorum id Principum aliorum exemplo facis: qui literis quidem & literatis fauent, eósque beneuolentia sua dignos iudicant, sed aliena tantùm fiducia id faciunt. Tanta enim C. T. in omni literarum genere præstantia est, tanta antiquitatis memoria, tanta bonarum omnium artium peritia, vt iam de doctis & e-

ruditis præcipuum tuum eſſe iudicium exiſtimetur. Sciunt omnes qui in Germania verſati ſunt, C. T. ita in omni philoſophiæ genere, ſed præſertim in Aſtrologiæ ſcientia excellere: vt ceterę quidem artes C. T. cum aliis communes, huius tua quaſi propria ac præcipua poſſeſſio videatur. Quæ vidi ego, cùm iſtic aliquandiu apud C. T. commorabar, mathematica inſtrumenta! quas machinationes! qualem verò & quanto artificio elaboratam ſphæram! vt etiam Archimedeam illam propemodum ſuperare videretur. O beatos tali Principe clientes! ô miſeros qui furioſis & agreſtibus dominis ſeruiunt. Iam verò quid dicam de fortitudine & virtute militari, cuius adoleſcens ac penè etiam puer tanta ac tam præclara orbi vniuerſo documenta

menta præbuisti? Ad tantas laudes accessit præterea incredibilis animi mansuetudo, & naturæ bonitas, qua literatos viros complecteris: & quamuis Deus C. T. in isto altissimo dignitatis gradu collocarit, nunquam tamen ab eorum consuetudine abhorres. Me quidem (si tamen in illo mihi numero aliquid loci relictum est) me, inquam, summa iam olim benignitate, fauore, & beneuolentia complexus es. Nuper verò vbi me propter fatalem patriæ tempestatem, extorrem esse audisti, non modò conditionem in tua ditione honestissimam mihi detulisti, verumetiam fortunam meam miseratus, singulari ac planè regali munificentia muneratus es. Itaque valde me ingratum ac potius impium iudicari patiar, nisi tantam munificentissi-

mi Principis liberalitatem non modò memori mente prosequar, verumetiam quibus possim modis prædicem. Qua de caussa quum hunc Quæstionum aliquot ciuilium libellum in manibus haberem, neque alia ratione mei erga C.T. animi obseruantiam testari possem, non alienum officio meo esse iudicaui, si eum ego illustrissimo tuo nomini inscriberem. Cùm enim earum Quæstionum tractationem in illum contulissem, quæ in iure nostro principem locum obtinent, multorúmque Iurisconsultorum disputationibus vexatæ, claræ in primis atque illustres habentur: commodissimè facturum me putaui, si tractationem omnium illustrissimam Principi omnium illustrissimo, doctissimo & munificentissimo dicarem. Primùm

mùm vt munificentiæ tuæ gratias quibus poſſem modis agerem: deinde, vt ſi quam de meo erga C. T. ſtudio & fide opinionem concepiſti, eam ego omni animi atque ingenij contentione confirmem: magnitudinémque meæ erga C. T. obſeruantiæ qualicunque ratione poſſum, teſtificer. Vale, illuſtriſsime Princeps, & ſalue. Deum oro, vt C. T. quamdiutiſsimè beatam ac florentem eſſe patiatur. x. Kal. Iulij,

M. D. LXXIII.



*Illuſtriſſimæ* C. T. *obſequentiſsimus*
*Fr. Hotmannus.*



# TITVLI QVÆSTIONVM ILLVSTRIVM quæ hoc libro tractantur.



*An*

*crediti ſunt, vel exigere vel ſoluere liceat.* XV.

*In lite frugum debitarum per iudicem æſtimanda, quæ ratio tenenda ſit: id eſt, cuius temporis aut loci pretium ſpectari oporteat.* XVI.

*An quæ à falſo magiſtratu per magiſtratus nomen geſta ſunt, rata eſſe debeant.* XVII.

*Quæ res diuiduæ, aut indiuiduæ dicantur, & quænam vtrarumque natura ſit.* XVIII.

*Vtrum vehiculi & nauigij natura diuidua, vel indiuidua ſit: & qui pariter vtendum ſumpſerunt, vtrum in ſolidum an pro virilibus teneantur.* XIX.

*Vſusfructus vtrum diuiduus ſit, an, vt ceteræ ſeruitutes omnes, indiuiduus.* XX.

*Hereditas vtrum diuidua, an indiuidua ſit.* XXI.

*An debitor ſolutionis partem offerens, inuito creditore pro ea liberetur.* XXII.

An

*An de crimine pacisci aut transigere liceat.* XXIII.

*An ius vtendi fruendi re aliena, salua eius substantia, de nullo alio quàm de vsufructu dici possit.* XXIIII.

*An iustum coniugium solo partium consensu sine publica testatione contrahatur.* XXV.

*An debitor qui soluendo non est, iure Rom. affici pœna corporali possit.* XXVI.

*Iudex vtrum ex conscientia, an secundum edita in lite instrumenta iudicare debeat.* XXVII.

*An iudicandi munus iuris & legum imperitis mandari possit.* XXVIII.

*An, & quibus casibus pluribus concurrentibus actionibus vti liceat.* XXIX.

*Naturalis interitus rei post moram accidens, vtrum ad actorem, an ad reum pertineat.* XXX.

*An pendente iudicio petitorio, agi pos-*

*ſeſſorio liceat.* XXXI.

*An totius & partium idem ius ſit quod vniuerſitatis et rerum ſingularum: aut quibus inter ſe rebus differant.* XXXII.

*Re à pluribus furto ſublata, quam tollere ſinguli non potuiſſent, vtrum vniuerſi tantùm, an verò ſinguli furti teneantur.*

XXXIII.

*An legis actionum & actuum legitimorum eadem ratio eſſet, aut quibus inter ſe rebus vel conuenirent, vel differrent.*

XXXIIII.

*An Imperator, de Ducatu, quem ante adeptum Imperium habuit, etiam poſt Imperium adeptum, fidelitatem præſtare debeat.* XXXV.

*Vtrum adiuncti pacti eadem tum in ſtrictis, tum in bonæ fidei contractibus vis ſit, aut verò quibus in rebus ſit diſſimilis.*

XXXVI.

*Ecquænam eorum pactorum natura ſit*

*ſit, quæ vel contractus formare, vel per ſe vitiari dicuntur.* XXXVII.

*Quænam & quarum rerum fictiones in iure ciuili numerentur.* XXXVIII.

*An, vt quod ab initio ſtatum non cepit, recipere poſtea non poteſt, ita quod ſemel ſtatum cepit, amittere illum non poſſit.* XXXIX.

*An fœneratio in bene morata ciuitate toleranda ſit.* XL.

*Quæ res facti, aut iuris, aut animi eſſe dicantur, & quænam illarum differentia ſit.* XLI.

*Qua ratione pœna in vindicando multitudinis delicto temperanda ſit.* XLII.

*An filius fideicommiſſo grauatus detrahere duas quartas poſſit.* XLIII.

FRANC



# FRANCISCI HOTMANNI IVRISCONSVLTI, QVÆSTIONVM ILLVSTRIVM LIBER.

*An Regibus ius sit regna & ditiones suas arbitratu suo deminuere.*

## QVÆSTIO I.



Etus & præclara hæc quæstio est: eiúsque vsus cùm in Gallia nostra persępe magnus est, vbi de dominio Regis disputari solet: tum etiã apud Germanos insignis fuisse memoratur, anno M. CCLXX. cùm imp. Carolus IIII. Venceslaum filium Cæsarem designandum curauit. Promisit (inquit Naucletus) Electorum cuique centum aur. millia pro consensu: quę cùm soluere non posset, obligauit illis telonia & vectigalia imperialia, oppida, proprietates & iura, titulo pignorum. Ex quo insurrexit disputatio grandis. Vna enim pars probare contendebat, quòd non liceat neque expediat exossare imperium: alia asserebat rationabiliter hoc factum, ne ipsorum Electorum regiones grauentur à potentioribus. Hęc ille in Chron. Gener. 46. Simillimam inter Papam & imp. Ottonem IIII. controuersiam anno M. CCX. exortam, Ioh. Tritemius c. 22. commemorat: propter Marchiam Apuliæ, quam Imperator (inquit Tritemius) ad Im-

perium, Papa verò ad Ecclesiam pertinere Romanam confirmabat, per donationem testamentariam Do. Mathildis, filiæ quondam Rotgeri principis Siciliæ famosissimi, & vxoris Conradi regis, filij Henrici imp. IIII. Hanc donationem per mulierem sine consensu Principum factam Ecclesiæ, Papa validam, Imperator verò inualidam esse dicebat. Tandem cùm Imperator Papę ipsam Marchiam non vellet concedere, ab ipso fuit excommunicatus.

Quare operæpretium fore videtur, quid de quæstione proposita in vtranque partem afferri possit, considerare. Nam quantum ad ius Rom. attinet, satis constat, lege Regia summum ius Cęsaribus in res omnes tum diuinas, tum humanas, iudicium arbitriúmque tributum fuisse. Itaque Senec. lib. de benef. 7. c. 4. Iure ciuili, inquit, omnia Regis sunt: & tamen illa quorum ad Regem pertinet vniuersa possessio, in singulos dominos descripta sunt. Et c. seq. Sub optimo Rege, omnia Rex imperio possidet: singuli dominio. Item c. 6. Cæsar omnia habet: fiscus eius priuata tantùm ac sua, & vniuersa in imperio eius sunt: in patrimonio, propria. Atque in eandem sententiam extat locus ille nobilis Ambros. epist. 33. vbi de Valentiniano imp. loquitur. Conuenior, inquit, à Comitibus & Tribunis, vt basilicæ fieret matura traditio dicētibus Imperatorem iure suo vti, eo quòd in potestate eius essent omnia. Respondi, si à me peteret quod meum esset, id est fundum meum, argentum meum, ius huiusmodi meum: non refragaturum: quanquam omnia quæ

mea

mea sunt, essent pauperum. verùm ea quæ diuina, Imperatoris potestati non esse subiecta. Quinetiam cæterarum ferè gentium similia licet instituta commemorare. Nam apud Florum lib.2. Eutropium lib.4. & in Epit. Liuij 58. Attalus rex Pergamenorum regni sui hæredem pop. Rom. instituit, his verbis, Populus Romanus bonorum meorum heres esto. Bonorúmq; nomine pop. R. regnum ipsius vniuersum, diuina humanáque, publica & priuata complexus est. Sic in ead. Epit. 93. Nicomedes Bithyniæ rex moriens pop. R. fecisse heredem dicitur: regnúmque ipsius in prouinciæ formam redactum. quod idem refert Eutropius lib.6. Item, Epit. 59. Aristonicus regis Eumenis filius Asiam occupasse dicitur: cùm testamento Attali regis legata pop. R. libera esse deberet. Sic apud Cic. Agrar. orat. 2. Alexander Ægypti rex Alexandriam & Ægyptum populo R. legasse dicitur. Apud Liuium lib. 70. Ptolemæus Cyrenarum regnum: apud Tacit. lib. 14. Prasutagus regnum Icenorum Cæsari, & ipsius filiabus. Ex quibus intelligi potest quàm absurdè & ἀνιστορήτως Alb. Krantzius lib. Dan. 2. c. 3. ita scripserit, Vnguinus Gottorũ rex erat, quem Haldanus post se regni moderatorem in Dania designauit, Noruagiæ Hasmundum impuberem filium relinquens. Nouum & antehac incompertum munus testamento datum. Equidem ædes, agros, prędia, vineas, & his similia testamento dari audiuimus: regnum autem præstare chartæ beneficio, prodigij loco habitum est. Iam verò cui

nota non eſt vel donationis Conſtantini fabula, vel donationis Ludouici, cognomento Pij, veriſſima hiſtoria, qui papæ Paſchali vrbē Romam cum Italiæ parte donauit? cuius donationis inſtrumentū extat apud Volaterr.lib.Geog. 3. Item, donatio Delphinatus facta regi Galliæ à principe Vmberto, anno M. CCCXLIX. ea lege vt Regis filius natu maximus Delphinus diceretur, & ditionem illam tanquam Imperij feudum ab Imperio recognoſceret, eóque nomine Imperij vaſſallus eſſet: vti ſcribit Theod. Nihemius, lib. hiſt. 2. c. 25. Item, donatio totius regni Gallici mortis cauſſa facta à Carolo VI. Galliæ rege, collatáque in Henricum Angliæ regem anno M. CCCCXX. cuius donationis formulam Enguer. Monſtrel. prodit, c. hiſt. 225. Denique nota omnibus eſt donatio XX. oppidorum Iſraelij regni facta à rege Salomone, Hiramo, Regi extero & fortaſſe profano: cuius teſtimonium extat 1. Reg. 9.

Sed quoniam de impp. Rom. iure inſtituta diſputatio eſt, locus hic poſtulat, vt iuuentutis cauſſa paulo ſubtilius de eo diſſeramus: quòd ea res à nemine, quod ſciam, adhuc explicata ſit. Intelligendum eſt igitur, earum rerum quæ ſub Cæſaris imperio ac ditione ſunt quatuor genera fieri à Iuriſconſultis. Aliæ nanque, res Cæſaris appellantur, aliæ res Fiſci, aliæ Publicæ, aliæ Priuatæ. l. 3. §. pen. D. de iur. fiſ. l. 1. C. de pœn. iud. mal. l. 1. §. 2. D. de cal. Res Cæſaris dicuntur, quæ in principis cuiuſque priuato patrimonio ſunt: non quatenus eſt princeps, ſed quatenus

eſt

est Arcadius, aut Honorius, aut Antoninus. l. cum seruus, trigesimanona. §. vltimo. D. de legat.1.l.3. C.de quadr.præscr. Itaque res Priuatæ, & priuata principis substantia, & res dominicæ, itémq; patrimoniales appellantur. l.pen. & l.vlt. C.de fun.pat. Nonnunquam etiam Ærarium hoc priuatum appellatur: quod duplex fuit. vnum, largitionum, siue rerum priuatarum Augusti Augustæque: aliud sacrarum largitionum, siue thesaurorum. l.1.C.de loc.præd.ciuil. l. 2.& l.3.C.de quad.præsc. Res autem Fiscales dicuntur, quæ non tam in Principis quàm in principatus patrimonio sunt: eíque ad suam dignitatem tuendam, quasi vsusfructus nomine attribuuntur. qua de caussa patrimonium Fisci nominatur, in l.2.§.2. D.neq.in loc.pub. l.pacta conuenta, 72.§.1.D.de cont.empt. Sic in l.vlt.D. qui pot. in pig. apertissimè res Cæsaris à rebus Fisci separantur: & principio species proponitur, qua priuatus præfertur Fisco in hypotheca: pòst altera species, qua priuatus Cęsari similiter in hypotheca præfertur. Item, in l. Fiscus. 6. D. de iur.Fisc. vbi ratio Cæsaris à ratione Fisci separatur. Itémque in l. οἱ ἐπίτροποι, 49. D.loc. vbi χωρία Καίσαρος separantur ἀπὸ τῶν χωρίων τοῦ ταμείου. & l.2.& l.3.C.de quad.præsc.& l.vlt.C. de col.fun.Fisc. Iam verò res Publicæ dicuntur, quæ in populi patrimonio sunt, l.quod in littore, 14. D.de acq.rer.dom.l.1.de rer.diuis.l.inter, 17. de ver. sig. non autem quæ vsui publico sunt, & in quæ pop.Rom. imperium habere dicitur, in l.3.D.neq.in loc.pub. In publicis igitur

rebus primùm numerabimus Ærarium quod non Principis fuit, ſed populi & Reip. Spartianus in Adriano: Damnatorum bona in fiſcum priuatum redigi vetuit, omni ſumma in ærario publico recepta. Plin. in Panegyr. At fortaſſe non eadem ſeueritate fiſcum, qua ærarium cohibes? Imo tanto maiore, quanto plus tibi licere de tuo quàm de publico credis. Præter ærarium erant & ciuitatum agri publici, qui ſi in perpetuum locabantur, Vectigales appellabantur. l. cotem. 11. §. 1. D. de pub. l. 1. D. ſi ag. vect. l. Lucius, 21. §. vlt. D. ad mun. Nam Publica generaliter nunc appellamus, ſiue populi, ſiue ciuitatum. l. eum qui, 16. de ver. ſig. Quamuis igitur multo maxima pars vectigalium in fiſci iure eſſet, l. 1. D. de pub. l. inter, 17. de ver. ſig. tamẽ quędam populis & ciuitatibus conceſſa erant, l. vectigalia, 10. l. vlt, C. de vect. & com. l. vectigalia, 10. D. de pub. l. 3. Cod, de comp. Reſtant res Priuatæ, ſiue ſingulorum, quæ in cuiuſque ciuis patrimonio eſſe dicuntur. l. 1. D. de rer. di. Ergo quantum ad Cæſaris patrimonium attinet, dubium nemini eſſe debet, quin id Romano iure alienari, Principis iuſſu atque arbitratu, liceret: propter d. l. cum ſeruus, 39. §. vlt. de leg. 1. & l. vniuerſi. 9. & l. ſeq. C. de fun. pat. quantum autem ad res Fiſcales attinet, idem quoque iuris fuiſſe conſtat ex l. 2. §. 2. D. neq, in loc. pub. vbi res fiſcales, quaſi priuatæ & propriæ Principis dicuntur: & d. l. 3. C. de quad. præſc. Quæ differentia, inquit, introducatur, cùm omnia Principis eſſe intelligantur, ſiue ex ſua ſubſtantia, ſiue ex Fiſcali

cali fuerit aliquid alienatum. Denique Fiscalium rerum commercium esse, patet ex l. si procurator,5.D.de iur.Fisc.quantum autem ad publicas res attinet, video harum quoque rerum summum iudicium penes Imperatorem fuisse: vt de vectigalibus traditur in l. 3. C. vect. nou. inst. non poss. & de locis communibus. l.2.§.siquis à Principe, D.neq. in loc.publ. & de agris pub. l.cotem.11. §.1. D. de publ. & de itin.pub. l. seruitutes,14.D.de seru.quid ergo est?an Cęsaris res, quæ publici iuris erant, alienandi ius fuit? Sed obstat l.imperatores, 37.D.de pact.& l.1.D.de off.proc. vbi procuratori Cæsaris non alienandæ sed bene gerendæ rei potestas permissa esse traditur: quasi summum ius administrandi,non etiam alienandi haberet. Restant res Priuatę:de quibus ex iurisRom.ratione dubitari videtur posse, propter l.Lucius,11. D.de euict. vbi priuati hominis prædia Imperatoris iussu alienata proponuntur. Quo argumento plerique confirmari putant, imperatoris Rom. etiam in priuatorum fortunis alienandis summum ius summámque potestatem fuisse. Sed peruersè & absurdè illo loco ad eam sentētiam abutuntur.Non enim de agris,qui proprietatis iure in ciuium R. patrimonio sunt, ibi Paulus loquitur,sed de prędiis quæ in Germania trans Rhenum bello quęsita fuerant:& non proprietatis,sed tantùm possessionis iure fruenda concedebantur: de quibus in l. quæstio, 115. D. de ver. sig.vnde illud Festi, Possessiones appellantur agri latè patentes, publici priuatíque: quia

non mancipatione, ſed vſu teneantur. Eóque pertinet l.cotem. 11. §. agri, D. de pub. & vect. & l.item prædia, 10. D. fam.erc. vbi vectigalia prædia dicũtur non eſſe noſtri patrimonij. Qua de re vberius in Feudali diction. diſſeruimus. Cùm igitur huiuſmodi eſſent prædia illa Germanica trans Rhenum, non mirum eſt ſi Imperatoris præcepto poſtea diſtracta, vel veteranis aſſignata fuerint. Quinetiam alio loco traditur, in priuatorum agris nihil, ne publico quidem conſilio, cum ipſorum iniuria capi ius fuiſſe. l. venditor, 13. D. de com. præd. In eámque ſententiam Cic. Off. 2. Videndum, inquit, erit ei qui Remp. adminiſtrabit, vt ſuum quiſque teneat, neque de bonis priuatorum publicè deminutio fiat. Eodémque peruulgata pertinet quæſtio de vinea Nabothi, quam Achabo regi poſtulanti vt eam ſibi venderet, aut permutaret, recuſauit, 1. Reg. 21. Quanquam diſſimiles regnorum formas eſſe conſtat: neque in regno Iſraelio videatur tantum iuris Regibus conceſſum: partim quia Deus certos cuique tribui agrorum fines attribuerat, partim quia Deut. 17. vbi lex Regia perſcripta eſt, interdictum erat Regi ne ſupra ſuos fratres efferret. vt facilè intelligatur, regibus Iſraeliis ius non fuiſſe, ciuibus inuitis ſuos agros eripere: quorum fructuarij tantùm erant, non pleno iure domini lege diuina conſtituti.

Verùm vt ad inſtitutam quæſtionem de Regno deminuendo reuertamur, exiſtimamus Regibus ius non eſſe ditiones ſuas ſine populi & ſubiectorum ſuorum conſilio & conſenſu alienare

nare. Sententiæ autem nostræ argumentum hoc primum ac summum est, quoniam per huiusmodi conuentiones non tantùm agri & domicilia, verumetiam incolæ alienantur: qui etsi in Regis ditione, imperio ac potestate esse dicuntur, tamen multo magis in ipsius fide & clientela sunt: neque tam eius potestati permissi, quàm fidei & beneuolentiæ commissi. Itaque & liberorum & nobilium nomen iúsq; retinent. Non enim omnes qui sub Regum imperio subiecti sunt, continuò serui habendi sunt. Aliud est enim Regem aliud Tyrannum esse: vt Arist. Pol. 3. demonstrat. Rex, inquit, volentibus & consentientibus imperat, tantùm vt eos regat: Tyrannus verò inuitis dominatur, tantùm vt eos pro pecudibus, nedum pro seruis & mancipiis, habeat. Rex, inquit, omnia ad subiectorum salutem & incolumitatem refert, θεοῦ γὰρ διάκονος ἐστί σοι εἰς τὸ ἀγαθὸν, vt ait Paul. Rom. 13. Tyrannus verò ad suum commodum, vtilitatem & voluptatem omnia contorquet. Quod quàm præposterum & naturę contrarium sit, vel ex eo intelligi potest, quòd subiecti non Regum caussa, sed ex contrario Reges subiectorum caussa reperti sunt: possúntque subiecti esse sine regib. Reges sine illis esse non possunt. Cùm igitur in huiusmodi alienationibus etiam homines, iiq; ingenui, contineantur, liberorum autem hominum commercium non sit: consentaneum est, Reges ditiones suas neque in totum neque in partem sine subiectorum suorum consensu alienare posse. l. liber homo, 103. D. de ver. ob. l. si

emptione,34.§.1.D.de cont.emp. Quid verò, si etiam illa consideratio accedat quòd subiecti in eius fortasse Principis ditionem abalienantur, qui sua potentia ad tyrannidem abutetur? Annon absurdum est existimare, duriorem ciuium subiectorum cõditionem esse, præsertim ingenuorum, atque adeò nobilium, quàm olim fuerit libertorum? Atqui Rom. iure cautum est, ne heres seruum, cui libertas per fideicommissum relicta est, alij possit manumittendum tradere, vt eius libertus fiat, quàm qui à testatore manumittere rogatus est. l. generaliter, 24. §. vlt. & l. inuitus, 34. D. de fid. lib. Eôdẽ accedit, quòd liberti cogi à patronis non poterant alio loco, quàm quo illis liberet, domicilium suum habere. l. pen. C. de op. lib. neque licita negotiatione prohiberi poterant. l. 2. D. de iur. pat. aut ibi artẽ suam exercere, vbi patronus nolebat. l. quæro, 18. D. eod. & l. libertus, 45. D. de op. lib. Verùm, vt hac de re paulo subtilius disciplinę caussa exponamus, quadripartita disputatio instituenda est. Nam aut regnum populi iudicio suffragiísque delatum est, vt hoc anno 1573. de Polonico deferendo haberi comitia videmus: aut à maioribus hereditate & antiqua successione relictum: aut ab extraneo testamento legatum: aut armis ac bello partum. Neque enim Tertul. assentior, qui in Apolog. aduersus gentes scribit, se arbitrari regnum omne vel imperium armis quæri, & victoriis propagari. Si regnum populi suffragiis delatum est, primùm animaduertendum est, ecquæ pactiones & con-

dit

ditiones in Rege creando interpositæ fuerint: velut in c. intellecto, 33. ext. de iureiur. vbi in rege Hungarię inaugurando iusiurandum ab illo exactum fuerat, nequid è ditionibus suis alienaret, sed iura regni integra cōseruaret. Nam siqua pactio interposita est, quoniam (vt vulgò dicitur) nihil tam humanæ fidei consentaneum est, quàm ea quæ placuerunt seruari: l.1. D.de pact. l.non minorem, 20. C.de transf. Rex qui fidem publicam subiectis datam & iureiurando confirmatam violat, iam non Rex sed humanæ fidei & iuris gentium expers habendus est. quòd si pactio nulla in creatione adhibita est, sed simpliciter ei regnum delatum est, tum verò, quia Rex moderator Reip. non euersor constitutus est, aurea regula de Reip. curatoribus seruanda est, vt ius Reip. pactionib. mutare non possint. l.2. §.ius Reip. D.de adm. rer. ad ciu. Item, de omnibus administratoribus, vt quibus administratio permissa est: non vtique alienandi potestas pemissa intelligatur, l.contra, 28. D.de pact. Denique Rex tanquam populi sui tutor præscriptam tutoribus regulam seruare debet, vt tum denique pro domino habeatur, cùm pupillis prouidet: hoc est, cùm salutem & incolumitatem populi tuetur. l.tutor, 27. D. de adm. tut. l.7. §.si tutor, D.pro emp. l.interdum, 56. §. pen. D.de furt. Nam (vt Cic. Off. 1. scribit) vt tutela, sic procuratio Reip. ad vtilitatem eorum qui commissi sunt, non ad eorum quibus commissa est, gerenda est. Et lib. de Rep. 3. Resp. inquit, dicitur res populi, quum bene & iustè ge-

ritur: siue ab vno Rege, siue ab optimatib. siue ab vniuerso populo. Quum verò, inquit, iniustus Rex est, quem Tyrannum voco, non iam vitiosa, sed omnino nulla Resp. est: quoniam non est res populi, quum Tyrannus eam factióve capessat. Iam verò si regnum à maioribus alicui relictum est, hoc casu nō dubium est quin tacito iure & diuturno populi consensu regum extra familiam alienari non possit: ac propterea siquis malis vtens consiliariis illud alienaret, successorem eo contractu non teneri. l.peto, 69 §.prædium. D.de leg.2. ac proinde proximo agnato successoris ius esse, quod eius alienatum erat reuocare. l.omnia.32.§.vlt.l.peto, 69.§.fratrem, D.eod. Quid igitur si regnum non maiorum hereditate & continuata successione, sed extranei alicuius testamento ac beneficio relictum esset? Tum verò dubitari posset, an quo iure quęsitum illud esset, eodem iure abalienari posset: quoniam qui pleno iure dominus est, alienandi, dissipandi, disperdendi ius habet. l.7. C.de relig. l.sed etsi lege, 25. §.consuluit, D.de her.pet. & (vt vulgò dici solet) suæ quisque rei arbiter ac moderator est. vulg. l.in re mandata, 21.C.de mand. Sed superius demonstrauimus, in huiusmodi alienationibus non tam agrorum & oppidorum, quàm ciuium & libertorum hominum rationem habendam esse: quos contra voluntatem alienari, & in tyranni fortasse alicuius potestatem transferri, planè tyrannicum videtur: Rom. iure ne patronis quidem in libertos ea potestas esset. d.l.generaliter, D.de fid.li.
& huc

& huc pertinet, quod eſt apud Agel.lib.5.c.19. Tutoribus in pupillos tantam eſſe auctoritatem poteſtatémque fas non fuiſſe, vt caput liberum fidei ſuæ commiſſum alienæ ditioni ſubiiceret. Quinetiam feudali iure Seniori non licet feudum alicui conſtitutum ſine ipſius vaſſalli voluntate in alterum quoque titulo alienare. lib. Feud.1.tit.22.§.2.& tit.27.§.2.& lib.2.tit.2.6.§.4. & tit.34.§.3. Quo exemplo vti videmur poſſe ad coercendam alienandorum regnorum poteſtatem: quaſi defunctus delegiſſe videatur, cuius non modò poteſtati clientes & ſubiectos ſuos permitteret, verumetiam ſidei committeret. Reſtat pars vltima, cùm armis & bello regnum quæſitum eſt. Nam cùm armis Principis partum atque in eius ditionem redactum ſit, conſentaneum videtur, vt de eo ſtatuere arbitratu ſuo poſſit. Sed quum eam ditionem ſolus ac per ſe non acquiſierit, ſed ciuium ſuorum ſanguine, laboribus, periculis, non alienum videtur regulam iuris ciuilis ſequi, vt quod communibus multorum laboribus quęſitum eſt, non niſi communi eorum conſilio & conſenſu alienari poſſit.arg.l.1.& paſſ.C.de com.rei al.l.ſi in re communi,19.D.de nox.act.

Nunc ſupereſt vt contrariis argumentis reſpondeamus. Ergo quantum ad locos Senecæ, non difficilis ſolutio eſt: dum intelligatur, Senecam non hoc ſtatuere, Regis eſſe omnia, vt ſingula, verùm vt vniuerſa. nam regnum vniuersè conſideratum, eſt Regis: at per ſingulas partes, eſt ſingulorum: ſiue ciuitates ſingulas

ſpectemus, quarum certi cuiuſque fines & territoria fuerunt, quæ ſuperius publica dici demonſtrauimus: ſiue ſingulos ciues, & patresf. qui ſuos fundos priuato patrimonio & proprietatis iure poſſident. Itaque illo eod. c. 4. ſic infert, Illa quorum ad regem pertinet vniuerſa poſſeſſio, in ſingulos dominos deſcripta ſunt: & vnaquæque res habet poſſeſſorem ſuum. Itaque dare Regi & domum & mancipium & pecuniam poſſumus: nec donare illi de ſuo poſſumus. Ad Reges enim poteſtas omnium pertinet: ad ſingulos, proprietas. Item c. 6. Vniuerſa, inquit, in imperio eius ſunt: in patrimonio, propria. Denique c. 4. quod de Rege ſuperius dixerat, idem de ſingulis ciuitatibus affirmat. Fines, inquit, Athenienſium aut Cāpanorum vocamus, quos deinde inter ſe vicini priuata terminatione diſtinguunt: & totus ager aut vllius (legendum puto AVT VICVS) Reip. eſt. pars deinde ſuo domino quæque cenſetur. Ideóque donare agros noſtros Reip. poſſumus, quanuis illius eſſe dicātur: quòd aliter illius ſunt, aliter mei. Ex quibus perſpicuum eſt, cùm dicimus, res cuiuſque patrisf. eſſe vel Principis, vel Reip. in cuius illæ ditione atque imperio ſunt, ita intelligendum eſſe, vt cùm Hippoc. dixit legem eſſe rerum omnium dominam: quia ſc. & ciuitatis cuiuſque & ciuium ſingulorum patrimonium conſtituit, definit, tuetur, lex ſola dominium rerum confert: ſola dominij acquirendi modos cōſtituit: citra quos acquiri nullius rei dominium poteſt. §. 2. de bon. poſ. & apud Vlp. tit. Reg. 19. Sed

& qui

& qui legis vim ac poteſtatem habet, rerum dominium confert: veluti tacitus populi conſenſus. §. 1. de acq. per arrog. poſt etiam princeps.l.1. C.de iur.dom.imp. itémque Senatus.l. 1.& paſ.D.ad Treb. Quòd ſi penes populum, aut Principem rerum dominium non eſſet, conferre quod non haberet, non poſſet. Ex contrario tamen videmus, & Principi & populo vendi, donari, legari, poſſe: cùm tamen quod cuiuſque eſt, iterum eius fieri non poſſit. Sed (vt dixi) imperio ac ditione ſunt Principis aut populi: poſſeſſione autem & vſu ac proprietate, ſunt priuatorum. Vtraque hac diſtinctione aduerſus illos Valentiniani comites & aſſentatores aulicos vtendum erit, de quibus Amb. loquitur, Vniuerſa quidem eſſe Regis, ſed non ſingula. De qua differentia planiùs infrà diſſerendi locus erit, vbi de Toto & Vniuerſo explicabimus. Quanquam in templo, quod vel ſancti vel publici iuris eſt, commodius reſpõdit Ambr. quæ diuina ſunt nullius dominio ſubiecta eſſe. Quãtum autem ad reliqua regna pertinet, quæ diximus interdum vniuerſa teſtamẽto donata fuiſſe, interdum donationibus deminuta: lex formuláque Imperij (vt ſuprà diximus) obſeruanda eſt. Neque enim gentem vllam (præter Turcicam) ita ſtupidam ac barbaram, & pecudum potius quàm hominum ſimilem eſſe arbitror, quæ non in Rege inaugurando aliquam ab illo regni conſeruandi fidem & iuſiurandum exigat: quemadmodum videmus feudali iure Seniorem eandem Vaſſallo fidem debere, quam Vaſ-

sallus Seniori: & antiquo iure Rom. patronum eandem clienti beneuolentiam debere, quam hic illi. In Gallia quidem nostra Rex sine publico gentis concilio, quod vulgò Trium ordinum conuentus appellantur, nihil nec alienare, ac ne oppignerare quidem potest: vt cùm alij Pragmatici omnes, tum etiam Bald. testatur in c.1. Si de feud. fuer. contr. itémque Papon. Arrest. lib.5. tit.10. art.4. In eámque sententiam proferri solet textus in l.vlt. C. de præd. cur. Sic in imperio Germanico extat aurea bulla Caroli IIII. vbi c.20. certæ cuique Principi Electori ditiones dignitatis tuendæ caussa sunt attributæ, quas ipsorum arbitratu deminui ius non est. Neque verò vel stultorum Regum, qualis fuit Carol. VI. vel aliorum qui arbitratu suo ditiones alienarunt, exempla nobis magnopere aduersantur. nam, vt vulgò dici solet, non exemplis, sed legibus iudicandum est. l. nemo, 13. C. de sen. & interl. Restat Salomonis donatio: de qua ita statuendum arbitror, Salomonem non perpetui iuris & proprietatis ac dominij alienandi caussa oppida illa XX. Regi extero tradidisse. primùm propter rationem religionis, quę sub extero Rege mutari aut corrumpi potuisset: deinde quia ne priuatorum quidem possessiones mutare Regibus Israeliis licuit: vt superius de Nabothi possessione dictum est. quid ergo est? nimirum cùm Hiramus magnam Salomoni pecuniam ad templum ædificandum credidisset, magnámque præterea materiæ vim illi ad idem opus vendidisset, neque satisfacere

illi

illi Salomon per id tempus posset, de populi consilio Salomon ei xx. oppida fruenda dedit, vt ex eorum vectigalibus & fructibus suum Hiramus seruaret: neque illa emptionis iure, & vt proprietarius possideret, sed tantùm quasi ἀντιχρώμενος, aut certè eo iure quod Longobardi Precariam appellarunt, de quo in Dict. feudali commemorauimus. Cuius rei etiam argumentum extat, 2. Chron. 8. Ædificauit, inquit, oppida quæ Hiramus ei dederat, eáque ab Israeliis incolenda curauit. Quibus ex verbis probabile est, non tantùm Hiramum aliquanto pòst illa oppida Salomoni reddidisse, verũetiam quamdiu ipse illa possedit, Israelios in iis propter varietatem religionis non habitasse.

---

## QVÆSTIO II.

*Ex duobus Regis filiis, quorum alter ante adeptum à patre Regnum, alter postea natus est, vter præferatur.*

VEtus hęc quæstio est, & nobilitata inter historicos: primùm propter veterem Artemenis & Xerxis contentionem, quorum hic ex Dario, Rege iam facto, ille ex eodem priuato natus fuerat: itémq; propter illam alteram Cyri & Arsicæ, quorum hunc alter Darius Rex iam creatus, illum adhuc priuatus genuerat. Videndum est igitur quemadmodum vtranque in partem disputari possit. Nam pro posterius nato pugnare hæc videntur. Primùm textus in l. neque Dorotheum, 61. & l. doctitij, 63. l. ne-

minem,64. cum l.pen.& vlt.C.de decur lib.10. & l.ex libera,6.C.de ſuis & leg.in quib.omnib. concordiſſimè ſtatuitur, vt filij poſt adeptam à patre dignitatem ſuſcepti, certis priuilegiis fruantur:antè verò nati, in priſtina conditione maneant,neque illo iure frui poſſint. Secundus eſt in l.imperialis,23.§.his illud,C.de nupt.vbi ſtatuitur, vt liberi mulierum quæ à ſcenica vita ſeſe Principis beneficio liberarũt, ſi quidẽ poſt liberationem ſuſcepti ſint, iure & Priuilegio matribus conceſſo fruantur : ſin prius nati ſint, eius expertes ſint. Tertius eſt in l.quicunque,7. C. de prin. ag. in reb. vbi liberi eius cohortalis qui principatum agentium adeptus eſt, ſi pòſt nati ſunt, cohortali conditione ſoluuntur : ſin antè,in priſtina conditione remanent. Quartus eſt in l.eos qui,65.D.de rit.nupt.quam Gordianus profert in l.& ſi,6.C.de nupt.vbi matrimonium in prouincia contractum ab eo qui officium in ea gerebat, ita valere & iuſtum eſſe iubetur, ſi officio depoſito in eadem voluntate perſeuerarint:vt tamen prius nati liberi,iuſti & legitimi non ſint.Quintus eſt in l.ſenator.11.C. de dign.vbi Imperatores ſtatuunt,vt ij demum clariſſimatus iure fruantur, qui poſt adeptum à patre clariſſimatum ſuſcepti ſunt.Sextum argumentum ex eo induci poteſt, quòd quemadmo dum is qui poſt alicuius mortem conceptus eſt, ei neque ſuus,neque cognatus dicitur(l.Titius, 6.& l.item prętor,8.D.de ſuis& leg.l.1.§.ſiquis, D. vnd. cogn. l. ſiquis filio, 6. §.1. D. de iniuſt. rupt.&.§.cùm autem,7.Inſt.de leg.her.) ita qui ante

ante adeptum à patre regnum conceptus est, Regi neque filius, neq; adeò cognatus dici potest. Quò pertinet l. emãcipatum, 7. D. de senat. vbi ante adeptam à patre senatoriam dignitatem conceptus, senatoris filius non habetur. Nam isto modo disputari ex contrariis potest: Si filius post amissum à patre regnum pro Regis filio non numeratur: certè ante adeptum ab eodem regnum dici Regis filius non potest. facit l. diuo Marco, 11. C. de quæst. vbi honoratorum quorundam pronepotes certis priuilegiis fruuntur, quæ tamen liberorum infamia & turpitudine amittuntur. item l. 3. D. de interd. & rel. vbi liberi eius cui ciuitas adimitur, ius omne quod per ipsius personam obtinebant (quale est regnum aut Imperium delatum) amittunt: quanuis alia iura quæ aliundè iis obueniebant, non amittãt. Et secundum hanc disputationem Herod. lib. VII. Iustinus hist. lib. II. & Plutarch. in Artoxerxe scribunt, cùm in Perside orta esset cõtrouersia inter Artabazanem (vt Herod.) siue Artemenem (vt Iustinus appellat) & Xerxem filios Darij Hystaspis filij, de Persici regni successione: fortè tum ibi affuisse Demaratum Spartano regno eiectum, dixisséque Spartanorum institutis filium post adeptum à patre regnum natum alteri antegenito præferri. atque hanc ob caussam Xerxi regnum adiudicatum fuisse. Nam in rei summa tres illi Scriptores consentiunt, cùm in aliis quibusdam minutioribus dissideant. Quod etiam Guicciard. lib. hist. I. valuisse scribit, in contentione de Me-

diol. Ducatu inter Ludouicum & Galeatium fratres: quorum hic ante adeptum à patre ducatum, ille post adeptum natus fuerat.

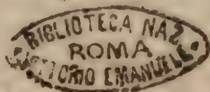
Deinceps igitur, quæ ab altera parte disputari possint, videamus. Primum autem proferri solet l. senatoris, 5. D. de senat. vbi Vlp. dilucidè scribit, Senatoris filium eum esse habendum non modò qui ex patre in senatoria dignitate constituto, verumetiam eum qui antea susceptus est. Facit l. filij, 22. §. senatoris, D. ad mun. vbi tamen videndum est, ne pro QVOQVO TEMPORE, vt in libris Flor. scriptum est, vulgatam scripturam EO TEMPORE, quæ mendosa est, & apertam in Vlp. disputatione discrepantiam induceret, retineamus. Secundum est ex l. 2. §. 1. D. de decur. & l. moris, 9. §. parẽtes, D. de pœn. vbi Pap. & Vlp. statuunt, legem quę vetat decurionum filios atrociorib. suppliciis affici, etiam ad eos qui in plebeia familia suscepti fuerant, pertinere. Tertium induci potest, ex l. diui, 5. & l. cùm quis, 10. & l. seq. C. de nat. lib. & Nouel. 89. vbi quod statuitur, vt liberi in concubinatu suscepti, per contractum matrimonium legitimorum numero habeantur, valere iubetur, siue soli maneant, siue alij ex contracto matrimonio suscipiantur. Quartum ex l. cùm aduocatio. 8. C. de ad. di. iud. & l. 2. C. de aduoc. di. iud. tit. seq. vbi liberi eorum qui fisci aduocati fiunt, etiam ante adeptum illud munus geniti, à cohortali conditione eximuntur. Itaque Plutarch. in Artoxerxis vita scribit, cùm post Darij mortem hæc eadem controuersia inter Arsicam Dario

pri

priuato, & Cyrum eodem Rege iam facto natum exorta esset, ac Parysatis mater in Cyri persona, veterem illam Xerxis disputationem vrgeret, Persas tamen Arsicæ regnum adiudicasse. Quod idem Ioseph. lib. Antiq. XVI. factum esse scribit ab Herode Iudæorum Rege, qui Alexandro & Aristobulo ex se post adeptum regnum genitis Antipatrum antè natum prętulit. quod tamen Herodis iudicium sibi non probari Iosephus non obscurè significat. Pòst etiam multis seculis idem in Hungaria vsuuenisse. Fl. Blondus, Decad. 2. lib. 6. & Mich. Ritius, lib. de Regib. Hung. 2. vbi scribunt, Bela Rege mortuo, Geysam priuato patre natum, regni hereditatem obtinuisse. Pręterea circiter annum salutis D. CCCCXL, eadem in Germania contentio exorta est, cùm Ottoni I, Rom. imperium delatum est: quod frater eius Henricus patre iam Imperatore natus, Euerhardi Comitis Palatini, & Giselberti Lotharingiæ Ducis, aliorúmq; Principum suasu armis vindicabat. quam historiam Sigeb. in Chron. & alij quidam perstringunt. Suggerebant ei (inquit Sigeb.) regnum magis competere illi in patris regno nato, quàm Ottoni ante regnum nato. Sed cùm ad pugnam ventum est, victoria Ottoni regnum adiudicauit.

Nunc considerandum est, ecquidnam ex iuris ciuilis ratione constitui oporteat. Nam, si quidem attentionem adhibere volumus, facilè intelligamus, maximam peruulgatæ istius disputationis partem nihil ad rem pertinere: quip





pe, cùm hîc quæratur de iure hereditario, quod filiis post parentum demum mortem defertur: in illis verò locis agatur de iure singulari, & certis priuilegiis, quæ liberis etiam in vita parentum conceduntur. Hæc autem iura incerta esse, & arbitraria, atque ex Principum beneficio ex liberalitate pendere, cum ex omnibus suprà scriptis locis constat, tum præcipuè ex d.l. senator. 11. C. de dign. in qua imp. Valentinianus abrogat Vlp. sententiam in d.l. senatoris, D. de senat. qua in sententia nonnullos ex Doctoribus fuisse constat. Nam si legatur, SI SENATOR, hoc modo incœpta oratio quò referatur non habebit: cùm posterius non TAMEN sed AVTEM subiunctum sit. considerandúmque illud verbum est, MANEAT: quòd in fine legis vsurpatur. & ad eos restrictè pertinet, qui in paterno honore & dignitate suscepti sunt. Quare superest, vt ad illud extremum respondeamus: quo dictum est, quemadmodum is qui post amissum à patre regnum natus est, Regis filius non est: similiter neque is qui antè à patre regnum adeptum susceptus est. Intelligendum est igitur, aut scriptam ea de re legem esse, vt apud Spartanos, aut non scriptam. Si scripta est, tum disceptatio ex verbi ambiguitate nascitur: cùm aut ita scripta profertur, Filius Regis natu maximus, ísque solus heres esto: aut ita, Primogenitus Regis heres esto. Nam aliud est Regis filium esse, aliud ex Rege natum: aliud senatoris filium, aliud ex senatore: aliud Decurionis, aliud ex Decurione. Item vt aliud est filium esse liberi, aliud ex libero

bero natum:ita aliud serui,& ex seruo.l.2.C.de lib.& cor.lib. Idq́ue luculenter Marcellus ostendit in l. Titius,25.D.de test.mil. vbi scribit, testamentum à pagano factum,quanuis idem postea miles factus sit: tamen nisi militiæ tempore se id valere velle dixerit, iure militari non censeri: quia constitutionibus Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sint,confirmantur:contráque in l.si miles,92.ad leg. Falc. testamentum post annum missionis factum, iure militari non censendum.quò pertinet l. de eo qui, 10. §.1. D.de fals. & l.in delictis, 4. §.1. & l. quod ait prætor, 31. in fi. D. de nox.act. cùm igitur scripta lex sic profertur: Filius Regis primus heres esto: satis constare, etiam eum ad hereditatem vocari, qui ante adeptum à patre regnum natus est. At cùm ita profertur, Primogenitus Regis: quod perinde est ac si scriptũ esset, Rege-genitus:tum is demum admittendus est,qui patre iam Rege creato natus est. Quid igitur si scripta lex nulla est? Tum verò ad æquitatem naturalem decurrendum: & ex inductione similium hereditatum hoc modo constituendum. Omnium bonorum à patre quæsitorum hereditas, cuiuscunq; generis sint, hoc est,siue corpora, siue iura, itémque siue allodia, siue feuda sint, æquè ad filios ante illorum acquisitionem genitos, vt ad alios postea susceptos defertur: cùm omnia parentes liberís suis ex voto parent: l. nihil interest. 50. De bon.lib. & l.scripto,7. in fi.D.si tab.test. quam regulam ad eos restringere qui post parta bona

gignerentur, extremę esset amentiæ. Itaq; quod permultis Feudalis iuris locis statuitur, vt filij & nepotes in feudis Ducatus, Marchionatus, Comitatus, ceterorúmq; generum inferiorum succedant, nunquam quisquam dubitauit, etiam ad eos filios nepotésve pertinere, qui ante inuestituram adeptam suscepti fuissent: non magis quàm quòd statuitur in l. hi quibus, 6. C. de fun. pat. vti quibus patrimoniales fundi donati sunt, eos ad suos liberos hereditate transmittant: adeò vt iura immunitatum & vacationum & sepulcrorum alicui & ipsius posteris attributa, indistinctè & æquabiliter ad liberos quocunque tempore natos pertinerent. l. 4. D. de iur. im. & l. vocatio. 13. D. de mun. & hon. l. vel quód, 6. D. de relig. & sum. fun. vbi leges generaliter & indistinctè scriptæ, generaliter accipiendæ sunt. Quæ cùm ita sint, consentaneum est, cùm aliarum omnium hereditatum & successionum hoc ius sit, idem quoque in regnorum hereditatibus seruandum esse. Secundum argumentum induci potest ex natura iuris antè nato quæsiti. Satis constat, ius alicui ex sua persona quæsitum, propter aliquem externum & aduentitium fortuiti casus euentum (id est, qui personam ipsius non attingat) etsi diminuatur, tamen non penitus extingui. veluti ius Suitatis filio quæsitū, superuenientibus aliis quantumuis multis liberis, quantum ad portionem hereditariam, imminuitur, sed non extinguitur. Quare si Xerxi, dum solus extabat, quæsitum succedendi ius erat, iniquissimum esset propter

sup

ſuperuenientem extrinſecus aliorum natiuitatem id ei eripi. Quæſitum autem illi ius fuiſſe, ex eo patet, quia ſi natus Artemenes non fuiſſet, ſucceſſio regni ſummo omnium conſenſu delata ei ſine controuerſia fuiſſet. Quod autem nõnulli diſputant, ſi regnum hereditarium eſt, prius natum pręferendum eſſe:ſin autem ſuffragiis armíſve adeptum, nequaquam:planè abſurdum eſt. Nam ſiue hereditarium, ſiue ſuffragiis delatum eſt, priori genito hereditas debetur: cùm ius ſanguinis quod in legitimis ſucceſſionibus ſpectatur, ipſo natiuitatis tempore quæſitum ſit: veluti, ſi dum Titius regnum obtinebat, nepos ei ex filio naſcatur: ac tum deinde alterum filium ſuſcipiat: pòſt Titius decedat: cui dubium eſt, quin nepos ſecundo filio patruo ſuo ſit præferendus? arg. l. emancipatum, 7. in fi. D. de ſenat. non magis quàm ſi dum è duobus fratribus Titio & Mæuio, Titius regnum obtineret: Mæuius filium ſuſcepiſſet: deinde Titij morte Mæuius regnum adeptus eſſet: cui dubium eſt quin primus Mæuij filius, alteri poſt regnum à patre adeptum nato ſit præferendus? Alioqui cùm in iis regnis quę ſunt hereditaria, deficientib. filiis, proximi agnati admittantur: eos qui remotiſſimo gradu eſſent, etiam filiis aut fratribus ante adeptum regnum natis anteferri, contra iura omnia proximitatis graduum. l. 2. D. de ſuis & leg. §. 4. D. de leg. hered. & ius filio ſuo quæſitum per aliorum poſtea natorum agnationem non adimatur. l. 3. §. ex his, D. de iniuſt. rup. Iam verò etiamſi vel ſuffragiis vel

armis regnum adeptum esset, tamē eadem hoc quoque casu ratio valeret. quod hoc modo facilè intelligetur. Nam cùm in huiusmodi controuersiis non dubitetur, quin regnum posteaquam in patris personam incidit, hereditarium factum sit: ne illud quidem dubitari potest, tam ante adeptum regnum, quàm post adeptum natis hereditarium factum esse. Itaque vt reliqua bona, tam corporalia quàm iura, tam allodia quàm feuda, à patre quæsita, æquè ad priores vt ad posteriores liberos pertinent: l.3. & l. siquis prioris, 8. C. de sec. nup. ita consentaneum est, regni hereditatem æquè prioribus vt posterioribus desponsam & destinatam esse.

---

## QVÆSTIO III.

*Rege mortuo, cuius nepos ex primo eius filio demortuo, & alter eiusdem filius extant, vtri hereditas deferatur.*

HVic quæstioni locus est apud eas demum gentes ac nationes, quæ in hereditatibus ætatis prærogatiuam seruant. nam iure Romano, nullus ei locus relictus est, propter legem XII. tab. quæ iubet, vt siquis ex suis heredibus maribus suus heres esse desierit, liberi eius & ceteri in locum suorum sui heredes succedant: ac tum hereditas non in capita, sed in stirpes diuidatur. l.2. l.3. l.4. C. de suis & leg. & l. postumorum, 13. D. de iniust. rupt. item, §. cùm filius, 6. & §. vlt. Inst. de her. qui ab int. l.1. §. si filius. D. de suis & leg. vbi nepos ex demortuo filio vnà cum

cum altero filio superstite pariter æquabilitérque succedit. Et in hanc sentẽtiam Vvitichind. Saxo lib. hist. 2. scribit, cùm circiter annum D. CCCCXLII. in Germania contentio exorta esset inter patruos & nepotes de legitimarum hereditatum iure, tum eius disceptandæ caussa imp. Ottonem I. comitia Germanica indixisse: deinde cùm in comitiis inter Principes & ciuitatum legatos conuenire non posset, duello rem commisisse: quæ fuit illorum temporum consuetudo frequentissima. Vicit (inquit Vvitichind.) pars, quæ filios filiorum cõputabat inter filios, & firmatũ est vt æquabiliter cum patruis hereditatem dirimerent. Idémque scribit Sigeb. in Chron. Ottonis I. sub ann. 942. vbi tamen pro PATRVIS vitiosè legitur PATRIBVS. Apud exteras verò nationes creberrimæ hac de re contentiones exortæ sunt. Plutarch. in vita Lycurgi scribit, cùm Eunomus Lacedæmoniorum Rex duos filios haberet, Polydectem, & Lycurgum: Polydectes autem nullo filio superstite decessisset, atque ob eam causam, Eunomo mortuo, regni hereditas Lycurgo delata fuisset, regnasséque menses circiter VIII: pòst, cùm Polydectis vidua filium peperisset, Lycurgum ei coronam cessisse, quod idem Iustinus, variis tamen nominibus, scribit lib. hist. 3. Pausanias verò lib. 3. scribit, Cleomene Lacedæmoniorum Rege mortuo, litem de regni hereditate coortam inter Areúm, ex Acrotato primo filio demortuo nepotem, & Cleonymum secundum filium, ipsius Arei patruum. Senatum autem Spartano

Areo regnum adiudicasse. Polyd.Virg.in hist. reg.Angl.scribit, Eduardo Anglorũ rege mortuo, circiter annum 1350. Anglos Ioannem ex primogenito filio demortuo nepotem,reliquis Eduardi filiis Hemoni & Thomæ prætulisse. Paul.Æmil.in vita Caroli Crassi:Hanno,inquit, dominatum solus inuaserat,expulso Ercembaldo adolescentulo,fratris maioris filio,antea defuncti:vt in magnis imperiis iure controuerso, vtrum nepos ex maiore filio antea defuncto ad auitam hereditatem, an minor filius legib. vocetur. Hanno coactus est positis armis iudicio procerum stare. adolescenti idem ius datum, quod patri,si viueret,adiudicaretur. Ex contraria parte contraria exempla historiæ suppeditant.Procop.lib.bel.Vandal.3.scribit,Gizericum Vvandalorum regem natu grandem testamentum fecisse, iussisséque vt qui sibi sanguine proximus esset, & ex his qui natu maximus esset,is sibi heres esset. Erant ex Gensone primo filio demortuo,nepos Gundabundus & Honoricus filius secundus, regnum Honorico delatum est. Conr.Vecerius vir doctissimus, qui Henrici VII. vitam literis mandauit,in eandem sententiam ita scribit: Interea Carolus Siciliæ rex ij. rebus humanis excessit. plures huic filij: nempe maior natu Carolus, Martellus cognomine,& Robertus. Martellus viuo etiamdum patre,mortem,sed filio relicto,obiit. Qua in specie éxque facto ipso larga disputandi materia iurisconsultis est nata: Nepósne antecedere iure possit,patruum in successione auita. Sed &

resp

responsis prudentum, & pontificia pronuntiatione quadam Robertus annixus, compendium hereditatis obtinuit: paternáque nece comperta, mox Auenionem properat. Ibi nullis non modis Clemẽtis amicitia comparata, adeo promouit, vt Rex vtriusque Siciliæ appellaretur. Hæc ille. Porro ad hanc rem pertinere Cl. pastoralis, de re iud. Doct. plerique existimant. Sed neque text. ad eam pertinet, & eius auctor est non Bonifacius, sed Clemens v. Deniq; Mich. Ritius lib. Reg. Sic. 3. disertè scribit, ad eum Robertum pertinuisse, cui imp. Fridericus sua sentẽtia regnum abiudicarat: quam sententiam Clemens rescidit. Bart. autem in auth. post fratres, C. de leg. her. illius sententiæ rationem hanc profert, quia regnum Apuleiæ feudum erat ecclesiæ Romanæ: qua de causa non successionis iure Roberto regnum adiudicatum, sed ex domini concessione & inuestitura quam rationem scribit ab se præter cæteros Doct. excogitatam. Verùm vt ex iure nostro remotis auctoritatibus disputemus, & ne vagari cogatur oratio, certa, in qua quęstionis termini consistant, legis formula proponatur his Latinis concepta verbis: Si rex moritur cui plures liberi sint, tum qui è liberis virilis sexus natu maximus erit, is potissimùm heres esto. aut illis vsitatis, Si Rex moritur, filius eius primogenitus regni heres esto. Proponatur secundo loco lex his concepta verbis, quibus Procopius vsus est, Si Rex moritur, qui ei genere proximus, & natu maximus erit, regni heres esto. Si

lex Latinis verbis concepta est, tum necessariò distinctio adhibenda est. Nam aut nepos ante patruum natus est, aut postea. Si ante patruum natus est dubitandi causa nulla est, quoniam & scripto legis & sententia iuuatur. quippe, cùm appellatione liberorum nepotes sine dubio contineantur. l. liberorum, 220. de ver. sig. Sin autem postea natus est, tum disceptatio nascetur ex scripti & sententiæ contentione. Nam scriptum apertè pugnat pro patruo. Ac scitum est quod Strabo lib. 16. scribit, apud Nomadas fratres fratrum filiis anteferri, atque iis honoris prærogatiuam deferri: vbi caussam subiungit, ætatis prærogatiuam: ἀδελφοὶ τιμιώτεροι τῶν τέκνων, κατὰ πρεσβυγένειαν. Sententiam igitur nepos vrgebit iure successionis, quam vulgus repræsentationem appellat. quasi lege XII. tab. & ciuili iure nepos in filij demortui patris sui locum gradúmque succedens, ad ipsius conditionem redactus sit. l. sed etsi, 6. §. 1. D. de her. inst. Verùm his non obstantibus intelligendum est, legum illarum omnium certissimam hanc esse sententiam, vt quemadmodum natu maior filius ceteros omnes natu minores excludit, ita stirps natu maioris stirpem natu minoris excludat. hanc nimirum ob caussam, quoniam eo mortuo qui suus heres erat, nepos in ipsius gradum locúmque succedens repentè suitatem illam adipiscitur. d. l. 1. §. si filius, D. de suis & leg. l. 2. l. 3. l. 4. C. eod. l. scripto, 7. D. si tab. test. nul. adeò vt sui heredis locus ne punctum quidem temporis vacasse intelligatur. l. 1. §. liberos. D.

de

de coniun. cum eman. l. si post mortem, 68. l. quæsitũ,91.§.necessario,D.de leg.1. Quare cùm in huiusmodi regnis Suitas soli natu maximo filio quæsita sit, ceteri autem natu minores ab ea exclusi sint, sequitur, vt illo mortuo nepos in ipsius locum ascendens, solus, exclusis omnibus aliis, sui heredis ius obtineat. quandoquidem vt non plures Reges, nec plures primogeniti, nec plures regni heredes esse possunt, ita viuo Regi plures sui heredes esse nequeunt. nam cùm successio regni neque communionem, neque diuisionem admittat, locus est regulæ iuris, qua dicimus, plures vni heredes esse non posse. l. quod contra, D.de reg. iur. l.5. §.vlt. D.commod. Ex quo magnam licet inter ius Rom. & ius horum regnorum differentiam animaduertere. Nam iure Rom. nepos quidem in filij locum succedens suus heres efficitur, sed tamen vnà cum altero filio, suo patruo: imò cum aliis quantumuis multis filiis, suis patruis: atque ita omnes auo mortuo coniunctim pro virilibus partibus heredes existunt. At horum regnorum institutis, is qui viuo Regi suus heres fuit, eidem mortuo solus pleno iure heres existit: neque quẽquam vel ætate vel gradu propinquiorem coheredem admittit. Denique par eadémque huius regiæ successionis ratio est, quæ fideicommissariæ substitutionis. Nam si ponamus testatorem, puta Titium, cui plures filij erant, vnicum ex iis natu maximum, reliquis omnibus exheredatis, heredem instituisse: tum deinde illi heredi instituto nepotem suum na-

tu maximum, rursúsque huic pronepotem natu maximum exclusis semper natu minoribus substituisse : idémque deinceps institutum in reliquis inferioribus graduum liberis seruasse vsq; in infinitum : vt fieri solebat. l.pater filium, 38. §.1. §.2. §.3. D.de leg.3. l.libertis, 108. D.de cond. & dem. cui dubium est, quin vnicus semper bonorum illius testatoris successor futurus esset, remotis reliquis liberis omnibus, quamuis & gradu & ætate anterioribus? ac proinde non modò nepotem natu maximum exclusurum suum patruum, verumetiam pronepotem suum patruum, magnum, & abnepotem patruum maiorem, & atnepotem patruum maximum? Par igitur eadémque ratio est succcessionis in hoc genere regnorum : quia suitas semel vni stirpi quæsita, quãdiu in ea masculini supersunt, nunquam ab ea diuellitur : sicuti de feudorum successione traditur in lib. feud.2. tit.31. si vas.feu. pri. & tit.50. de nat.suc.feu.in fi.

---

## QVÆSTIO IIII.

*Ex tribus fratribus cùm secundus relicto filio decessit, vter in primi, qui rex mortuus est, hereditate præferatur: fratris huius filius, an frater tertius superstes.*

SEquitur altera quæstio, quæ non, vt superior, ad liberorum & descendentium, sed ad agnatorum, qui à latere veniunt, ordinem ac lineam pertinet : E tribus fratribus, quorum primus

mus Rex est, secundus relicto filio decessit, rege defuncto vtri superstitum hereditas deferatur? Nam hæc quoque quæstio nihilo paucioribus doctorum disputationibus agitata est. Pro patruo pugnat illud acerrimè, quòd in agnatorum successionib. ex lege XII. tab. propinquior vlteriorem excludit: propter illa verba, Si paterf. intestatò moritur, proximus agnatus familiam habeto. l. 2. D. de suis & leg. hic autem secundo gradu est à nouissimo Rege mortuo, & fratris filio, qui tertio gradu est, sine dubio est propinquior: neque enim, vt in parentum, ita in agnatorum hereditatibus successio permittitur: hoc est fratris filius in fratris sui locum non succedit. l. 3. C. de leg. her. l. 2. §. 1. D. de suis leg. §. 1. ver. non tamen, & §. si plures, Inst. de leg. agn. suc. Neque obst. quod nouo ac singulari Iustiniani iure contra ciuilem rationem filius fratris admittatur. Nou. 118. & Nou. 127. quippe, cùm apertè ac nominatim Iustinianus scribat illud esse priuilegium, eóque nomine ius illud disertè appellet. d. Nou. 118. §. reliquum: vnde satis constat, neque repræsentationem illo speciali priuilegio inductam, neque cetera iura cõmunia tacitè abrogata fuisse: arg. vulg. l. præcipimus, C. de appel. & l. eas obligationes, 8. D. de cap. min. veluti, vt non modò in fratrum hereditate, sed ne in alio quidem iure, quod hæreditatum exemplo inductum est repræsentatio sit: sicut in tutela patronorum legitima. Nam si duo patroni sint, & vnus relicto filio decesserit, solus patronus superstes tutelam obtinet.

Item, ſi alter ex patronis filium alter nepotem reliquerit, quamuis nepos in aui familia primus ac proximus ſit, tamen ad ſolum filium tutela exemplo hereditatis deferetur: poſt filium, tũc ad nepotem. l. 3. §. 1. D. de leg. tut. l. ſi libertus, 23. §. 1. de bon. lib. quod eodem modo de aſſignatione liberti traditur, in l. vtrum portio, 5. D. de aſſig. lib. quæ omnia iure ſpeciali certo illo priuilegio, quod reſtrictè ad hereditates pertinet, abrogata non fuiſſe conſtat. Secundum pro patruo argumentum eſt, quòd plerunque huiuſmodi patrui nepotes ætate antecedunt: atque iccirco ętatis pręrogatiua, ſiue (vt vulgus loquitur) iure progenituræ potiores natu minoribus habentur. quod in regnorum ſucceſſionibus plerunque obſeruari conſtat vt maior natu minori anteponatur. Verùm his non obſtantibus, contrariá ſententia verior ac certior videtur: propterea quòd in regalibus ſucceſſionib. non tam graduum, aut ætatis quàm Suitatis, & ſtirpis ratio habetur. nam ætatis quidem prærogatiua dominatur, ſed in filiorum gradu duntaxat, qui in liberorum linea primus eſt. vbi verò vltra filiorum gradum controuerſia, quamuis ab vna tantùm parte perducta eſt (ſicut hîc in nepote & patruo (tum ætatis ratio non habetur: ſed loci ac ſedis: cui propterea Suitas attributa eſt, quoniam ætate præſtantior ei loco prærogatiuam attribuit. Nam reuera nepos iſte propterea patruo ſuo potior habetur, quoniam in ius & locum ſui patris, qui & loco & ætate patruum anteibat, ſucceſſit. Vincet igitur ſecundi filius,

non

non gradu: remotior enim est, quàm patruus: non ætate, si ratio ad naturalem veritatem reuocetur. ecquonam igitur iure? Stirpis nimirum & loci, cui quæsita Suitas fuerat, & in quem ille secundi filius ascendit. Quod cùm ita sit, & secundi filius Tertio patruo suo præferatur, nulla dubitatio relinquitur, quin multo magis eiusdem patrui sui filium, si in contentionem cum eo deuenerit, superare debeat: vt nullus illi quæstioni, quam à nonnullis tractari video, locus relictus intelligatur. Neque verò illud prætermittendum videtur, quòd vbi de feudali successione agitur, ius repræsentationis à Iustiniano in fratrum liberis inductum, locum non habet: quamuis id vulgò credatur ex lib. Feud. 2. tit. 11. §. 2. vbi statuitur, vt deficientibus filiis vocentur fratres cum fratrum præmortuorum filiis. Nam (vt illo loco exposuimus) cùm regula sit vt in feudis nouis fraterna successio nulla sit: non agitur de feudo fratris, cui frater succedat: sed de patris, cui filius: neque de patrui, cui fratris filij: sed de aui, cui nepotes succedant: denique non alia eius loci sententia est, quàm eius regulæ, qua traditur, Auo mortuo nepotes ex filio demortuo vnà cum filio superstite, id est, patruo suo, in stirpes succedere. lib. 1. tit. 1. §. 3. & tit. 8. & tit. 19. §. si quis miles. & in lege Conradi, §. 3. quæ extat in Lombard. lib. 3. tit. vlt. Ex quo intelligitur, si duo ex demortuo filio nepotes essent superstites, hereditatem in stirpes, non in capita diuidendam esse. lib. 1. tit. 8. & tit. 11.

## QVÆSTIO V.

*An ciuitas bello capta, si in libertatem restituatur, iura sua omnia pristina recuperet.*

ASpera & vehemens quæstio hæc appellatur à Quintiliano, lib.5.c.10.vbi exemplum hoc proponit, Cùm Thebas euertisset Alexander, inuenit tabulas, quibus centum talenta mutua Thessalis dedisse Thebanos, continebatur. Has, quia erat vsus commilitio Thessalorum, donauit his vltro. Postea restituti à Cassandro Thebani reposcunt Thessalos. Apud Amphictyonas agitur. Nunc quæ dici in vtranque partem possint, videamus. Ac primùm pro Thessalis hoc pugnat, quòd creditor cautionem debitori reddens, pacisci de non petendo intelligitur. l.2.D.de pact. l.mortis caussa, 18.§.Titia, D. de mort. caus. Alexander autem creditoris in locum successit, cautionísq; illius est dominus: quia bello parta victoris fiunt. l.5.in fi.& l. 7.D. de acq.rer. dom. Secundum argumentum est huiusmodi, Eadem est vis solutionis imaginariæ, hoc est pacti de non petendo, & acceptilationis, quæ veræ & naturalis. l.solutionis, 54. & l.prout, 80. D.de sol. Constat autem si Thessali pecuniam Alexandro soluissent, liberatos eos sine dubio futuros fuisse. l. si vrbana, 55. D. de cond.ind. vbi inquilinus prædoni soluens liberatur. Tertium argumentum est, quòd ciuitas capta, propter amissam libertatem, capite mi-

nuta

nuta videtur, & quaſi mortua. l.ſi vſusfruct.21. D.quib.mod. vſusfru, am. ac proinde reſtituta, non illa eadem vetus, ſed alia & noua videtur: quemadmodum de homine ſeruo liberato dicitur: in l.ſeruus, 27. D. de adim. leg. l.qui res ſuas,98.§.vlt. D.de ſol.Cõtrariam tamen Thebanorum diſputationem probabiliorem eſſe arbitror.nam pro iis hoc pugnat:primùm quòd iure quaſi poſtliminij ciuitas in libertatem reſtituta eadem, eiuſdémque iuris & ſtatus eſſe fingitur: vt de agrorum captorum,& liberatorum proprietate traditur: in l.ſi captiuus,20. §. 1. D.de cap.& de eorundem vſufructu. in l.ſi ager,26. D.quibus mod.vſusf.am. denique de omni iure per poſtliminium recuperato, in l. in bello,12. §.codicilli, verſ.cetera, D.de cap.quo eodem modo quaſi poſtliminium fingitur in locis ſacris & religioſis.l.cum loca,36. D.de relig.& ædificiis in ripa fluminis poſitis. l.in tantũ,5. D.de rer.diuiſ.vel in littore maris. l.quod in littore,14. D.de acq.rer.dom. Secundum argumentum eſt,quòd armis & manu militari capta,niſi eadem manu retineri non poſſunt.itaq; ſimulátque captiuus ex hoſtium poteſtate,quoquomodo ſe ſubduxit, iure poſtliminij liber eſt. l.in bello,12. & paſſ. D.de capt. Quare vt Thebarum dominus propter ius belli Alexander fuerit, tamen iis reſtitutis ius illius intercidit: ac propterea poſtliminij iure Thebani ſuum priſtinum ſtatum recuperant. quod idem dici ſolet de iis rebus omnibus,quæ occupatione acquiruntur: vt ſimulátque amiſſæ ſunt, in

pristinam caussam reuertantur, veluti aues & feræ.l.3.& l.5.D.de acq.rer.dom. Tertium argumentum est, quòd quæ vniuersitati debentur, quandiu quilibet vnus superest, ei debentur.l.sicut,7.§.vlt.D.quod cuiusque vniu. Quare cùm Thebani non omnes in Alexandri potestatem venerint, multi etiam supersint, consentaneum videtur, Thessalos iis obligatos manere. Superest vt ad superiores obiectiones respondeamus. Quantum igitur ad primam attinet, neganda est assumptio: quoniam Alexander non vniuersalis & iuris successor est, sicuti heres, aut bonorum possessor: sed particularis, & rerum singularum, vt emptor aut donatarius: quia victores earum demum rerũ domini sunt iure belli, quæ manu capi possunt, ac proinde corporales sunt: cùm totum illud ius in manu, & occupatione, & captiuitate positum sit. d.l.5. in fi. & l.transfugam,51. D.de acq.rer. dom. l.1. D.de acq.poss. Ad secundam obiectionem distinctio adhibenda est: si Thessali soluissent, vtrum sua sponte, an terrore adducti soluissent. nam priore casu nihilo magis liberati fuissent, quàm qui possessori hereditatis soluunt. l. siquid,31.§.vlt.D.de pet.hered.aut qui falso procuratori.l.qui hominem,94.§.si nullo,D.de solut.aut qui offerenti se negotiis alienis. l.siquis offerenti, 58. D.eod. nam quæ tyrannidis tempore gesta sunt, sublata tyrannide nullius momenti sunt. l.decernimus, 15. C. de sacros. eccl. Quod si belli & armorum metu territi, & ab Alexãdro flagitati soluissent, propter iustum terrorem

forem liberatio contigiſſet.arg.l.Fulcinius,7.§. quid ſit, D.quib.ex cau.in poſſ. Solutio verò ad l.ſi vrbanam, ex eo facilis & expedita eſt, quòd inquilinus cum prædone contraxerat. Tertiæ autem obiectioni ſuperius reſponſum eſt, diſputandi quidem ſubtilitate non eandem Thebanorum ciuitatẽ videri:ſed propter ius poſtliminij, & legis Corneliæ fictionem, pro eadem prorſus haberi: quod etiam in religionis cauſſa dictum eſt ex l.cùm loca,36.D.de religioſ. Ad hanc autem quæſtionem illud pertinet, quod M.Tull.Verrin. VI. de Segeſtanis & Carthaginenſib.commemorat his verbis:Hoc oppidum (de Segeſta loquitur) à Carthaginenſib.vi captum atque deletum eſt:omniáq; quæ ornamento vrbi eſſe poſſent, Karthaginem ſunt ex illo loco deportata. Aliquot ſeculis pòſt P.Scipio Karthaginem cepit: qua in victoria conuocatis Siculis omnibus iubet omnia conquiri,&c. Illo tempore Segeſtani maxima cum cura hæc ipſa Diana,de qua dicimus,redditur.Plutarchus autem ἀποφθεγμ.βασιλ. eadem de re cõmemorans: Εὑρὼν δὲ τὴν πόλιν (τῆς καρχηδονίων) ἀνδριάντων Ἑλληνικῶν, καὶ ἀναθημάτων ἀπὸ Σικελίας μεστὴν οὖσαν, ἐκήρυξε τοὺς ἀπὸ τῆς πόλεων παρόντας ἐπιγινώσκειν, καὶ κομίζεσθαι. Cum reperiſſet vrbem Græcis ſimulachris & eorum donis refertam, per præcones pronuntiari iuſſit, vt omnes ex ciuitatib. Siciliæ ad ſua ſimulachra recognoſcenda conuenirent, eáque reciperent. Pertinet etiam ad eandem quæſtionem quod Matthæus Afflicticius deciſ. Neapol.CL.ſcriptum reliquit de rege

Galliæ Carolo octauo, qui fugato Neapolitano rege Alfonſo, eiúſque filio Ferdinando Neapolim vrbem occuparat, ac nonnullis Gallis, quorum forti opera in illo bello vſus erat, nomina complurium Neapolitanorum, quib. Alfonſo regi obligati erant, donarat. Nam cùm Alfonſus ſuum regnum quatuor pòſt menſibus recuperaſſet, denuo illa ſua nomina exigere ab illis ſuis debitoribus, qui Gallis exſoluerant, volebat. Matthæus diſputabat æquum eſſe debitores qui in mora fuerãt, iterum verò creditori ſoluere: propterea quod periculum poſt moram commiſſam ad debitorem pertinet. l. quod te, 5. D. de reb. cred. l. nemo, 82. in fi. D. de verb. oblig. l. promiſſor hominis, 23. D. de conſtitut. pecun. Ex contrario tamen videmus Sabinianos exiſtimaſſe, vbi res fato, ac ſine debitoris culpa interiit, hoc eſt quo caſu æquè apud creditorem, vt apud debitorem interitura fuiſſet (cuiuſmodi hunc fuiſſe caſum apparet) eo caſu periculum ſpeciei depoſitæ ad creditorem pertinere. l. ſi plures, 14. §. vlt. D. depoſ. Sed alia eſt ſpeciei, alia quantitatis ratio. ſpecies enim interit, cuius certum ſubeſt corpus, quantitas non interit, quæ ſine corpore iuris intellectum habet. l. ſi pecunia, 12. D. de leg. 2. itaque ſicut incendium, ita nec bellum, aut naufragium ære alieno debitorem liberat. l. incendium, 11. C. ſi cert. pet. Hæc cùm ita ſint, miſerationis tamen ratio poſtulare videtur, vt quod de naufragio & incendio iuris eſt, idem in direptione vrbis ſeruetur: nempe, vt quod quiſque ex hoſtium

ſtium manib. ac direptione quoquo modo ſuũ ſeruare potuit, ſibi ſeruarit. l.5.& l.7. D.de leg. Rhod. neque verum eſſe, quod Matthæus cenſuit, eos ciues qui ſe pactione cum Gallis victoribus vel ab integro debito, vel ab eius parte liberarunt, pro rata non ſoluti debiti Regi obligatos manſiſſe. Facit illa Vlpiani contra Labeonem æquiſſima ſententia, vt vicino ædes vicinas inflammatas, ſi arceri aliter incendium non poſſit, diſturbare liceat. l.3.§.quod ait, D.de incend.naufrag. l.ſi quis, 49. in fi. D.ad leg. Aquil. l.ſi alius, 7.§.eſt & alius, D.quod vi aut clã. Item illa iuris regula, vt ei qui vitam ſuam aut familiæ pudicitiam (quæ vita charior eſt) quoquomodo redemerit, venia dignus cenſeatur. l.1. D. de bon.eor.qui ant.ſent.l.vlt. D.de præuaric.

---

# QVÆSTIO VI.

*An ei qui teſtamenti tempore in rebus humanis nondum eſt, relinqui aliquid teſtamento poſſit.*

HVius quæſtionis tractatio, quæ inter Pragmaticos noſtros vſitata eſt, non modò illorum imperitiam patefacit: verumetiam eorum adoleſcentum ſimplicitatem coarguit, qui ex illorum lacunis iuris ciuilis diſciplinam hauriunt. Remotis igitur illorum delirationibus, intelligendum eſt, quæſtionem hanc ad poſtumos pertinere: quorũ duo genera ſunt. nam alij ſunt ſui, alij extranei. Sui poſtumi ſunt, qui ſi

viuo teſtatore nati fuiſſent, in eius poteſtate fuiſſent,& primum ab eo graduin obtinuiſſent. l.ſcripto,7.D.ſi tab.teſt.nul.§.3. Inſtit.de hered. qui ab inteſt. def. Alieni ſunt, qui, ſi naſcerentur, aut in eius poteſtate non fuiſſent, aut proximo ab eo gradu non fuiſſent, ſiue agnati, ſiue cognati, ſiue omnino extranei ſint. §. poſthumo.25.& §.ſeq.Inſt.de legat. Secundò illud ſcire oportet,antiquo iure, hoc eſt ante legẽ Velleam, non modò extraneis poſtumos alienos inſtituere non licuiſſe,ſed ne ſuos quidem ipſis parentibus. l. Gallus, §.pen.D.de lib.& poſt.vbi Scæuola dilucidè & perſpicuè hoc ſcribit, & legis Velleæ primo capite permiſſum fuiſſe aſcribit,vt liceret inſtitui nondum natos. Certum enim teſtatoris conſilium ac iudicium eſſe oportet. l.qui liberũ,8.§.vlt.D.de vulg.& pup. ſubſt.§.poſtumus,§.incertum,de legat. Qua de cauſa incertę perſonę relinqui teſtamento non poteſt. l.ſciendum,70. D.de verb.ſig.In eo verò qui natus nondum eſt, multa incerta ſunt. Primùm an naſciturus ſit: deinde vtrius ſexus: poſtremò quot naſcituri ſint,cùm re incerta de tergeminis ſtatuatur.l.3.ſi pars her.pet. Itaque quod ei qui teſtamenti tempore in rebus humanis eſſe deſiit aſcribitur,pro non ſcripto habetur. l.pen. D.de his quæ pro non ſcript.hab. l.1.§.cum triplici,C.de cad.toll.Deinde Scæuola hanc cauſſam affert, quia cùm aliquid teſtamento datur,eſſe debet is cui detur:id eſt, in cuius perſona donatio conſiſtat. Qua de cauſſa ſtatuit,legatum per codicillos,ei qui teſtamenti

ti tempore in rebus humanis non erat, nullius esse momenti. l.quidam referunt,14. D. de iur. codic.quod eodem modo de donationibus statuendum esse, vt nondum nato donatio facta nullius momenti sit. Papinianus apertè ostendit, in l.Seia,42. D.de mort. caussa donat. quoniam, inquit, in eius persona consistere donatio atque initium accipere non potest. Ac similiter statuit, sententiam aduersus eum dictam, qui in rebus humanis non est, inefficacem esse. l.2.D.quæ sent.sin.app. Hæc igitur cùm ita essent, vtilitatis publicæ caussa, ne testamenta postumorum agnatione rumperentur, institutum est vt suos postumos instituere liceret, si post mortem nascerentur: extraneos, si viuente testatore, ex lege Vellea.d.l.Gallus, & apud Vlp. tit.Regul.22. itémque l.4.D.de lib.& post.& de legato nondum natis relicto exemplum extat in l.qui quartam,15.§.vlt.l.qui filiabus,17. D.de legat.1. Sequitur vt de alienis postumis disseramus, de quibus apertè Iustinianus scribit in §.1. de bon. poss. eorum institutionem iure ciuili non valuisse: cuius rei ratio superius exposita est. A prætore tamen ita confirmatam fuisse, vt bonorum possessionem secundum tabulas impetrare possent, quod ita intelligendum est, si modò viuente testatore in vtero fuissent. l.3.D. de bon. poss.sec.tab. & §.tutor,26. de leg.l.postumus,36.D.de inof.test.quoniam qui in vtero est, cùm de ipsius commodis agitur, pro iam nato numeratur. l.qui in vtero,7. D.de stat. hom. Ex quo intelligitur, ei qui testamenti tempore

nondum conceptus erat, relinqui testamento non licuisse, propter eam caussam quam superius exposuimus, quòd in donatione non modò personam esse oportet, quę donet: verùm etiam quæ donationem recipiat, & in qua donatio consistat. d.l. quidam referunt, & d.l. Seia. Prætor igitur benignè cum eo qui in vtero erat agebat, & ventrem in possessionem mittebat. l. 1. §. si filius in adoptionem, & l. extraneo, 6. D. de vent. in poss. mitt. Quanquam postumorum, qui legitimi & agnati erant, veluti si quis fratris postumus erat, aut in matris testatoris vtero, ius erat multo præstantius. nam illi etiam ab intestato admittebantur. l. pen. D. de leg. 1. & l. 1. §. penul. de leg. 3. In postumis autem extraneis memorabile est, quod scribitur in l. si quis postumos, 9. §. sed si ex ea, D. de liber. & post. Postumos ex ea quæ alteri nupta est turpiter institui: quoniam hæc erat formula, Si quis mihi ex illa nascatur. At ex vidua postumus institui rectè poterat. l. postumum, 27. D. eod. Positum igitur illud sit, de quo dubitandi caussa omnis sublata est, ciuili alienis postumis nihil neque institutionis, neque legati nomine relinqui licuisse: iure prætorio licuisse. ac proinde fideicommissum vtiliter relinqui potuisse. l. 5. 6. 7. D. de reb. dub. quoniam fideicõmissa iuris prætorij sunt: vt inter omnes constat. Pòst verò Iustinianus constituit, vt etiam alienis postumis, & hæreditatis & legati nomine relinqui liceret: denique vt cum iis testamenti factio esset. §. postumo, 25 de legat. Et quoniam sola voluntas in fideicom

commiſſis ſeruatur, conſentaneum eſſe, non modò pôſtumis, qui in vtero erant mortis teſtatoris tempore, verumetiam iis qui concepti nondum erāt, relinqui per fideicommiſſum licuiſſe. d.l.pen.de leg.1.l.Titia,85.D.de cond.& demonſt. l.cùm pater,77.§.penult.de leg.2.l.in annalibus,22.C.de legat.adeo vt etiam eius qui nondum natus eſt fidei committi poſſit, non modò qui natus nobis ſucceſſurus eſt, vt in l.1. §.pen.D.eod.verùm etiam qui planè alienus & extraneus futurus eſt. l.ſi ita fuerit,9. D.de leg. 3. Quæ cùm ita ſint,difficile dictu eſt, probabilem videri Nicolai Vallæ ſenatoris Pariſienſis ſententiam, aut eius qui poſtea ſuppreſſo nomine hanc quæſtionem totidem propè verbis tractauit: vt ei qui in rebus humanis non eſt,relinqui teſtamento non poſſit.

## QVÆSTIO VII.

*An fidem hoſti datam ſeruari oporteat.*

HOſtes generali nomine, mala conſuetudine, dicuntur omnes contra quos arma feruntur:quorum ſex genera ſunt. Nam alij ſunt verè propriéque hoſtes, qui externi ſunt (cùm eo verbo vetuſtè Peregrini appellarentur) & pari atque nos iure ac libertate vtuntur: inter quos publico conſilio bellum interceſſit. l. hoſtes,118.l.quos nos,234.D.de verb.ſign.l.hoſtes, 24,D.de capt.& poſtlim. Alij defectores,qui cùm imperio ac ditione noſtra tenerētur, à nobis deſciuerunt.l.5.D.de cap.min. Alij Prædo-

nes, hoc eſt piratæ & latrones. d.l.hoſtes,D.de capt.Alij aduerſarij,inter quos non bellum,ſed ciuilis diſcordia exerceri dicitur : in l.ſiquis ingenuam,21.§.1. D.eod.eóque nomine Cæſar in libris de bello ciuili frequentiſſimè Pompeianos appellat.quod non leui momento ęſtimandum eſt. Nam de Antonio Cicero Philipp.xii. commemorans : Ego, inquit,ſemper appellaui Hoſtem , cùm alij Aduerſarium : ſemper hoc Bellum,cùm alij Tumultum.Contrà verò nonnulli è Pompeianorum militibus Cæſarianos, hoſtes non appellabant.vt lib.belli ciuil.3. Ac nonnullæ militum voces audirentur , ſeſe contra hoſtem ſi ducerentur, ituros : contra ciuem & conſulem,arma non laturos. Alij ſunt Proſcripti , ſiue iudicio damnati , & hoſtes à ſenatu iudicati : de quib.in d.l.5. D.de cap.min. l.ſunt quidam,17.D.de pœn.Poſtremi ſunt Serui fugitiui,cum arma ferunt:vt Spartacus,de quo in l.3 D.de acq.poſ.itémque Eunus,Athenio,& alij, qui generali nomine Hoſtes appellantur in l.3. C.de iis qui ad Eccl.confug. Ad quæſtionem autem illa præmunitio adhibēda eſt:Inter quos iuris alicuius communio eſt , inter eos obligationem contrahi : inter ceteros, non contrahi. vt de ſeruis dicitur in l. quod attinet , 32. D. de reg.iur.l.ſerui,14. D.de obl.& act.l.naturaliter, 13. D.de cond.indeb. Itaque vt de ſingulis ordine diſſeramus , quia cum hoſtibus iuriſgentium communio eſt.l.vlt. D.de legat. ſequitur, vt cum iis conuentionum , ac proinde obligationum communio ſit.l.conuentionum,5.D.de

pact.

pact. qua de caussa violandis hostium legatis ius gentium violari dicitur: in d. l. vlt. & apud Liuium lib.15.& lib.38.& apud Cicer.Verr.3.ex quib.constat,eos qui legatos violarunt, hostib. dedi pro noxa solitos,vicissímque legati eos ad quos missi sunt, violantes, iusgentium violare dicuntur,apud Liuium lib.5.Sic violandis induciis iusgentium violari dicitur, apud eundem lib.40. Itémq; hostibus per colloquij speciem violandis,lib.38.vt T.Labieni factum in Commio Atrebate vulnerando defendi non posse videatur:apud Hircium bell.Gall.8.c.3. Ex eodem genere peruulgata illa sunt, de deditione eorum qui cum hostibus pacem fecerunt,quam Senatus ratam non haberet:apud Cicer.de Off. 3.& in d.l.vlt. D.de legatio.& l. 4. D.de cap. & de Attilio Regulo, qui quandiu hostium iureiurando teneretur, senatorem se esse, aut sententię in senatu dicendæ ius se habere negabat: apud Cice. eodem lib.de Offic.3. & de Clœlia, ceterísque virginibus obsidibus apud Liuium lib.2. Deinceps de ceteris videamus. Cum defectoribus ergo iurisgentium communionem intercedere, vel eo patet, quòd cùm hostium numero sint: eodem quo illi iure habendi videntur:ex d.l.5. D.de cap.min. De prædonibus autem maior dubitatio est, propter auctoritatem Ciceronis de Off.3.vbi negat eum qui prędonibus pactum pro capite pretium non attulit, teneri, ne si iuratus quidem id non fecerit: nec enim cum illis fidem, aut iusiurandum esse commune.Sed videamus,primùm quia lex nul-

la eſt, quæ pactionibus & conuentionibus cum illis contrahendis interdicat, an quæ nominatim vetita non ſunt, permiſſa intelligantur: l. ex eo. 18. D. de teſtib. Deinde naturalis & gentium iuris communionem etiam prædones ac latrones habere, docet l. bona fides, 31. D. depoſit. vbi Tryphoninus ex Marcelli ſententia ſtatuit, ſi res à latrone, prædone, & fure apud ipſum dominum ignorantem depoſita ſit, iuregentium obligationem non contrahi: ſed ſi apud alium depoſita ſit, contrahi. Quo ex loco perſpicuum eſt, etiam latrones iuriſgentium communionem habere. Præterea locus eſt apud Cæſarem belli ciu. 3. vbi apertè ſcribitur, actum à Romanis ducibus in Pyrenæis montib. cum prædonibus & fugitiuis, de compoſitione, legatóſque ad eos miſſos fuiſſe. De aduerſariis autem dubitari non poſſe, argumento eſt primùm d. l. ſiquis ingenuam, D. de cap. vbi multo meliore quàm hoſtes conditione eſſe dicuntur: deinde quòd ſublata colloquiorum & conuentionum facultate, ſpes concordiæ & reconciliationis omnis præciſa videretur. Memini (inquit Cicero Phil. XII.) colloquia & cum acerrimis hoſtibus, & cum grauiſſimè diſſentientibus ciuibus. Cn. Pompeius Sext. filius Conſul, me præſente, cùm eſſem tyro in eius exercitu, cum P. Vectio Catone duce Marſorum, inter bina caſtra colloquutus eſt: quo quidem memini Sex. Pompeium fratrem Conſulis ad colloquium ipſum Roma venire, doctum virum atque ſapientem, quem Cato cum ſalutaſſet, Quem te appell

appellem, inquit: At ille, Voluntate hoſpitem, neceſſitate hoſtem. Tertiò quòd etiam damnatis & proſcriptis (quæ quinta hoſtium ſpecies eſt) iuriſgentium communio relinquitur. l. ſunt quidam, 17. D. de pœn. & d. l. bona fides, 31. D. depoſ. vbi Tryphoninus ſtatuit, vt quæ reus capitalis iudicij depoſuit, ſi deportetur, propter naturale & gentium ius ei reddantur. Eóque nobilis illa cauſſa pertinet in Orat. Ciceronis pro C. Rabirio, cum L. Apuleio Saturnino & ipſius comitibus, qui in Capitolium, ne prehenderentur, confugerant, fides publica data eſt: & tamen vis ac cædes contra fidem publicam allata, præcipuò adiutore Rabirio, qui propterea ſex & triginta pòſt annis in iudicium vocàtus eſt: auctoribus Dione lib. 37. Floro lib. 3. Appiano bell. ciu. 1. & Plutarcho in Mario. Sic cùm Catilinarij hoſtes à ſenatu iudicati ſunt, tamen iis fidem publicam à ſenatu datam eſſe, Salluſtius auctor eſt. De fugitiuis autem dubitandi cauſſam iam antea Cæſaris locus ſuſtulit, & l. quod attinet, D. de reg. iur. Deinceps ſequitur, vt quæ contrà diſputari poſſint videamus. quorum primum argumentum eſt ex 2. Reg. 10. vbi Rex Iehu, cui Deus imperarat vt Baalinos ſacerdotes omnes de medio tolleret: illos in Baalis fanum per ſacrificandi cauſſam euocatos interfecit. Sed locus ille nihil ad inſtitutam diſputationem pertinet, in qua quæritur, An fidem hoſti datam negligere liceat. Nullã enim Iehu fidem illis publicam dederat: tametſi ad illos euocandos & vnum in locum cogendos dolo

bono ſit vſus, quod ſine controuerſia probatur.l.1.D.de dol.mal.Secundum eſt ex Auguſtini quæſt.in Ioſuam:Cùm iuſtum,inquit,bellum ſuſceperit, vtrum apertè pugnet, an ex inſidiis, nihil ad iuſtitiam intereſt. quod relatum eſt in 23.q.2.c.dominus.& paratam ex ſuperiore loco reſponſionem habet. Nam ante fidem datam veriſſimum eſt quod dici ſolet ex Virgilij 11. Dolus, an virtus, quis in hoſte requirat? Et ex Amm.Marcellin.lib.17. Nullo diſcrimine virtutis ac doli, proſperos omnes laudari debere bellorum euentus. Qua de cauſſa Vlp.in d.l.1. D.de dol.mal.ſcribit,bonum eſſe dolum,ſiquis aduerſus hoſtem latronémve machinetur. Sed intelligendum,aliud eſſe Dolum,aliud Perfidiam. Dolus fit,vbi fides data non eſt:poſt fidem datam, locum dolo & fraudi non eſſe, ſuperius ex Liuio demonſtrauimus: vbi ſtatuit, fraude per colloquij ſpeciem adhibenda, iuſgentium violari. atque ita reſponſum volumus ad l. nihil,26.D.de capt. vbi ſcribitur,ius eſſe dolo malo & fallacia in hoſtes vti. Nam tum demum dolo vti aduerſus hoſtes licet, cùm fides nondum data eſt: vbi ſemel data eſt, lædi eam non liçet. & ad legem nihil exemplum Clœliæ virginis pertinet. Tertium eſt ex l.1. D.quod vi, aut met.ſed edictum prętoris ad pactiones cum ciuibus,non cum hoſtibus factas pertinet. quartum eſt ex lib. Liuij 5. vbi Camillus pactionem cum Gallis factam reſcidit. ſed cauſſam nominatim Liuius adſcribit, quia cùm Dictator eſſet (Dictatore autem facto magiſtratus omnes

ceſſ

cessent, auctore Plutarcho in Fabio) quæ ipsius iniussu pacta erant, rata esse non poterant. Sic enim apud Salust. in Iugurth. quam pacem A. Albinus cum Iugurtha Rege Senatus iniussu fecerat, Senatus rescidit. Et apud Liuium lib. 30. matrimonium Masanissæ & Sophonisbæ sine Scipionis permissu contractum, ipsius imperio rescinditur. Quintum ab Vldarico Zazio excogitatum est ex l. 2. C. de commer. Sed satis constat, etiam cum barbaris iusgentium esse. l. pen. in fin. D. de bon. damn. deinde aliud est aurum à barbaris subtili ingenio subducere, aliud fidem iis datam fallere. Superest acerrima Bartholi disputatio, vt pactiones inter belli duces factæ obligationem inducant: à priuatis, non inducant. Itaque in quæstione, An liceat ciui proscriptum, quem ipse reum peregerat, post reconciliatam inter ipsos gratiam, & fidem vtrinque datam, insidiosè interficere: respondit, licere. Quo responso magnam se gladiorum & perfidiarum occasionem præbuisse, ipsemet in fine 1. Quæst. ingenuè fatetur. qua de caussa Fulgosius, medicum, qui bello inter Bononienses & Imolenses exorto captus ab aduersariis mille ducatos pro capite promiserat, absoluit. Bartholi argumentum est primum ex l. 2. & l. 3. C. quand. lic. vnic. sin. iud. & l. 3. D. de sicar. Sed aliud est transfugam & latronem, vbi iuris & legum concessu permissum est, aliud post ereptam sibi eam libertatem interficere. nam post fidem datam ea facultas adimitur. Secundum est ex l. 1. D. de bon. eor. qui ant. sent. vbi ignos-

citur ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. Sed ea regula ad quæstionem in lege propositam restringenda est: ne captio sit à dicto secũdum quid,ad dictum simpliciter. deinde nulla similitudo rectè inducitur ab eo, qui ab ignominiosa morte se liberat, ad eum qui sine periculo & contra fidem datam reconciliatum amicum interficit. Tertium est acerrimum ex l. ius publicũ,38.D.de pact.Quare distinctio adhibenda est. Aut enim pactio Reip. statum & dignitatem imminuit: aut ad priuatam paciscentium rationem, & rem familiarem pertinet. Priore casu nullius momenti pactio est: alterà verò valere dicitur in l. iurisgentium, 7. §. si paciscar, D.de pact. vbi etiam de criminib. pacisci licet. Deinde Cic.de Off. 1. apertè scribit, si quid singuli (hoc est priuati, de quibus proposita Bartholi quæstio est) temporibus adducti hosti promiserint, esse in eo ipso seruandam fidem. Alterum argumentum inducitur ex l.pactum,46.D.de pact.vbi renun tiatio sui iuris per pœnitentiam reuocari non potest. Tertio si pactio Lucani nobilis Remp. lædebat, pœna paciscenti debebatur: ex l.4. in fin.D.ad leg.Iul.maiest.vbi qui in vincula coniectum emisit,damnatur. Fulgosio verò sola est obiicienda.l.nam & seruus,21. D.de negot.gest. vnde perspicuum est naturalem obligationem ab iis contrahi, qui hostibus pretium redemptionis promittũt. nam si naturale debitum non fuisset,sibi negotiorum gestorum imputare debuisset.l.siquis negotia,23.eod.Postremò si Scri

pturæ ſacræ auctoritas quæritur,quam valere apud Chriſtianos oportet, memoriæ proditum eſt, Sedeciam Iſraeliorum Regem impium, à Nabuchadnezare vinctum & captum, atque vnà cum principibus eius gentis omnibus abductum fuiſſe: ac tametſi Nabuchadnezar eum in fidem recepiſſet,illum tamẽ per literas ac nuntios Ægypti regem ſollicitaſſe, vt ſe ab illius poteſtate liberaret. Hanc perfidiam Prophetæ vehementiſſimè damnarunt: neque ita multo pòſt liberi eius in ipſius oculis interfecti ſunt. pòſt eidem oculi effoſſi. tandem catenis vinctus Babylonem deportatus eſt. Qua de cauſſa Auguſtinus epiſt. 1.ad Bonifacium,cuius fragmentum relatum eſt in 23.q.1.c.noli. Fides,inquit, quando promittitur, etiam hoſti ſeruanda eſt, contra quem bellum geritur. Et Ambroſ.libr. de Offic.1.c.29.Liquet,inquit,etiam in bello fidem & iuſtitiam ſeruari oportere, nec vllum decorũ ſeruari oportere,ſi violetur fides. Item lib.iij. cap. 10. docet exemplo Ioſuæ, qui iuſiurandum à Gabaonitis fraude & mendacio extortum ſeruarat,fidem etiam perfidioſis&fraudulentis ſeruandam eſſe.

---

## QVÆSTIO VIII.

*Vtrum refectione rerum ſingularum, vniuerſitas mutetur, an eadem res maneat.*

VEtus exemplum eſt de naue Theſei, quæ cùm ſingulæ tabulæ exemptæ eſſent, tamen

ita refecta est, vt eandem speciem ac formam retineret. Iurisconsulti autem distinctionem adhibuerunt, vtrum res singulæ vno tempore mutatæ sint, an sensim, particulatim, ac diuersis temporibus. Nam corruptionem & effectionem cuiusque rei duplicem fecerunt: vniuersalem, & particularem. Si vniuersalis est, veluti si nauis simul vsquequaque dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla præterea adiecta, restaurata sit: tamen Sabinus, Vlpianus, & Iulianus statuerunt, non eandem nauem manere: ac proinde vsumfructum nauis constitutum extingui. similiter, si domus diruta sit, & ex iisdem cæmentis lignísque restituta. l. quid tamen, 10. §. pœn. & l. repeti, 5. §. 2. quib. mod. vsusfr. amitt. Idémque Pau. statuit in l. seruitutes, 20. §. si sublatum, de seru. vrb. Et Africanus in l. qui vsumf. 36. D. de vsuf. Et Caius in l. si ita legatum, 65. in fi. D. de leg. 1. vt sublato ædificio, vsusfructus intereat, eiúsque iuris æquitas hæc est, quia ex forma quæque res est id quod est, & (vt vulgus loquitur) forma dat esse rei. l. Iulianus, 9. §. siquis, D. ad exhib. Quare cùm sublata per dissolutionē forma nauis corpus esse desinat, sequitur, vt quamuis ex iisdem tabulis reficiatur, tamen non idem corpus sit. Aliud enim materia est, aliud species. l. si conuenerit, 18. §. pen. D. de pign. act. & cui materia legata est, species ex ea facta non debetur. vt si lana legata est, deinde vestis fiat, aut ex tabulis nauis, aut armarium. l. lana. 88. de leg. 3. vbi similiter traditur, si nauis legata dissoluta sit, neque materiā, neq; nauē refectā deberi. quod idē de

dom

domo traditur,& vſufructu legato.l.qui vſumf. 36.D.de vſuf.itémque de ornamento,aliis gem mis & margaritis adhibitis in aliam formam commutato:vt legatum ornamenti ea mutatione extinguatur : in l. Seia, 6. D. de aur. & arg. Quanquam hac in parte tria magnopere animaduertenda ſunt. primùm, quòd Paulus in l. inter ſtipulantem,83.§.ſacram, D.de verb.obl. à ceteris (vt opinor) diſſentiens,diſtinguendum eſſe ſtatuit, vtrúmne dominus cõſilium habuerit eiuſdem nauis aut domus reficiendæ,aut tabulas, & tigna & cæmenta alium in vſum conuertendi. nam illo caſu, eandem eſſe nauem & domum:hoc,non eſſe. quaſi videlicet ad rei diuerſitatem aut identitatem, ad corporis deniq; qualitatem conſilium & propoſitum hominis aliquid valeat. quod tamen idem ſtatuitur in l. qui res, 98.§.vlt.D.de ſolut. Alterum eſt, quòd de metallis, in quibus materia potentior eſt forma, diſſentire quoque inter ſe Iuriſconſulti videntur.Nam Africanus in l.qui vſumf.36.D. de vſuf.apertè ſcribit:ſi ſcyphorum vſusf. legatus ſit,deinde maſſa facta,& iterũ ſcyphi,quanuis priſtina qualitas ſcyphorum reſtituta ſit, non tamen illos eſſe,quorum vſusf.legatus fuerat : à quo certè diſſentire Paulus videtur in l. quæſitum, 78. §. illud fortaſſe, D.de leg. 3. vbi ſcribit,aliam metallorum rationem eſſe,vt auri & argenti, quæ ſæpius in ſua initia redigi poſſunt:aliam ceterarum rerum, vt lapidum,tigni, & marmoris.Nam ſi argentum legatum ſit,ſcyphos deberi : ſi marmor, nihil præter rudem

materiam deberi. quòd eodē modo idem ſcribit in l. lana, 88. eodem tit. tabulis legatis, nauem non deberi: maſſa legata, ſcyphos ex ea conflatos deberi. Et Vlp. in l. item legato, 49. §. pen. D. eod. aurum vxori legatum, ſi poſtea conflatum ſit, deberi. Poſtremū eſt, vt in area, quanuis eius ſpecies mutetur, tamen aliud iuris ſit. nam area legata, ſi inædificata, pòſt iterum area facta ſit, debebitur: auctoribus Celſo, Vlpiano, & Iaboleno. l. ſi chorus, 79. §. area, D. de leg. 3. l. ſeruum filij, 44. §. ſi areæ, D. de leg. 1. l. ſi areæ, 39. D. de leg. 2. & ſi domus oppignerata poſtea diruta ſit, oppignerata manebit area: nimirum, quia ſuperficies ius ſoli ſequitur. l. Paulus, 29. §. pen. D. de pig. Sic enim in l. vlt. eiuſd. tit. pactum vt domum oppigneratam vendere liceat, adeo ſublata ſuperficie manet, vt etiam in eandem renouatam valeat. quoniam (vt modò dictum eſt) ius ſoli ſuperficies ſequitur: cùm area pars domus ſit, eaque maxima. l. qui res, 98. §. vlt. D. de ſol. vbi Paulus dilucidè ſcribit, aream non deſiiſſe in rerum natura eſſe. quòd ſummè notandum eſt: vt partes in toto, & naturam & nomē ſuum retineant. Sequitur altera pars diſiunctionis, ſi particularis diſſolutio inſtaurata fuerit. Tum enim Iuriſconſulti ſpeciem manere priſtinam ſtatuunt, ac proinde rem eandem ac non diuerſam eſſe. veluti ſi nauis, aut domus particulatim refecta ſit: quia cuius rei ſpecies (ait Alfenus) eadem conſiſteret, rem quoque eandem exiſtimari. l. proponebatur, 76. de iud. quòd idem Caius de domo ſcribit, quæ partic-

culatim refecta est,vt ea legata debeatur.l.si ita legatum,65.§.vlt.de leg.1.& de grege,qui prioribus capitibus decedentibus,& aliis substitutis omnino renouatus est, vt tamen & legatus debeatur, &oppigneratus maneat.l.si grege,22.de leg.1.& l.grege,13.de pign. Itémque de taberna, cuius merces particulatim summotæ sunt.l. cùm tabernam, 34. D. eod. quanquam in naui video Pomponium aliquatenus dissentire videri: & requirere vt eadem carina maneat. l. quod in rerum,24.§.vlt.D.de leg.1. Neque illi sententiæ magnopere aduersatur disputatio Hermolai Barbari apud Alex.ab Alex.lib.3.c.1. quòd idem,apud philosophos dicitur.cuius eadem permanet materia,quæ prius fuit. Hîc autem & partes, & singulæ res omnes mutatæ ac renouatæ sunt. nam cùm species extincta non fuerit,sed idem perpetuò corpus eadémq; forma constiterit, dici non potest aliam rem esse. quemadmodum enim forma est.ex qua quęque res est id quod est, d. l. Iulianus, ad exhib. ita continuatio formæ, rei ipsius continuatio est: quemadmodum partis vnius renouatio totum non renòuat, quoniam species & forma eadem manet, vt si statuæ brachium aliud appositum sit.l.si statua,14.de aur.& argen.leg. ita particularis renouatio rem vniuersam non renouat. Cuius rei Alfenus etiam exempla profert ex corporibus humanis, ex quibus sensim ac minutatim aliquid assiduè decedit,cuius in locum aliunde aliquid ex nutrimento succedit. Itaque & homo idem dicitur, qui quinquaginta antè

annis cùm infans editus est, fuerat: & infans surreptus, si apud furem adoleuit, vt adolescens æstimatur. l. inficiando, 67. §. 2. D. de furt. & l. ex argento, 13. D. de furt. cond. Et infans, aut pullus legatus, si in virum, aut equum magnum creuerit, nihilominus idem censebitur. l. si infantis, D. de vsuf. & eadem sylua hodie est, quæ olim fuit Ercinia: idémque fluuius Rheni aut Rhodani, qui mense superiore fuit, quamuis aquæ corpus non idem sit. Et idem pons ille sublicius Rheni proximè vrbem Argentoratum, qui quotidianis operis ita continenter atque assiduè renouatur, vt vix vlla ipsius particula ad decennium perduret.

---

## QVÆSTIO IX.

*An matrimonii sine parentum auctoritate contracti pœna vlla constituta sit.*

PRimum distinctio adhibenda est. nam liberorũ alij in potestate sunt, alij sui iuris sunt. Qui in potestate sunt, si sine parentum auctoritate matrimonium contrahant, hac afficiuntur pœna, vt eorum iniustæ nuptiæ dicantur, iniustíque ipsi coniuges, iniusti liberi: nuptiæ denique non consistant. l. 2. D. de rit. nupt. imò ne nuptiarum quidem nomine appellentur. l. dotis, 68. de iure dot. adeo vt nepos auo viuente conceptus, quamuis eodem mortuo nascatur, iustus tamen neque patri filius, neque auo nepos dicatur. auus denique nepotem illum suum

agnoſcere non teneatur. l.Paulus.11. D.de ſtat. hom. neque diſtinguitur, vtrum mares liberi, an fœminę ſint.l.in cõiunctione,20.C.de nupt. atque iccirco nec dos in eiuſmodi coniunctionibus locum habet:nec dotis promiſſio obligationem parit:quoniam,vbi nuptiæ non ſunt,ibi nec dos eſt.l.3.D.de iur.dot. Idq; adeo verum eſt, primùm vt ſi pater apud hoſtes ſit, vel vbi ſit ignoretur, tamē per triennium ſit expectandus. quanquam ſi tale matrimonium contrahatur, quod pater repudiaturus non eſſet, nuptiæ comprobentur. l. ſi nepos, 9. §.1.& duabus ll. ſeqq. D.de rit.nupt. deinde,vt non modo contrahi, ſed ne diſtractæ quidem reconciliari nuptię ſine eadem auctoritate poſſint.l.nuptiæ,18. D. de rit. nupt. l.ſi vt proponis,7. C. de nupt. Legis æquitatem Iuſtinianus exponit,ciuilis & naturalis iuris rationem.§.1.de nup.per ciuilem intelligens patriam poteſtatem,quę Quiritium propria fuit: per naturalem verò, pietatem & reuerentiam, quam liberi parentibus debent.l. 2.D.de iuſt.& iur.l.9.D.de obſeq.parent.l.41.5. l.6.D.de in ius voc. Nunc ad tria legis verba triplex adhibenda interpretatio eſt. Primùm in voce PARENTVM. nam ex illa quæſtio hæc exoritur: Vtrum in nepotis aut neptis nuptiis, qui in aui poteſtate ſunt, aui auctoritas ſufficiat, an etiam filij conſenſus exquiratur. nam Paul.l.3. D.de rit.nupt. ſtatuit, ſi nepos ex vno filio & neptis ex altero matrimonium contrahant,ſolius aui auctoritatem ſufficere. At idem in l.oratione,16.§.1.D.eod.Nepote,inquit,vxo-

rem ducente, & filius consentire debet: neptis verò si nubat, voluntas & auctoritas aui sufficiet. Quæ vt inter se non pugnent, propterea quòd priore casu nurus filio ex eadem familia quæritur: posteriore, ex aliena: tamen perspicuè & naturali & diuino iuri contraria sunt: quo vtroque iure & par patri & auo reuerentia debetur: & par eadémque patri in filiam & filium potestas tribuitur. Neque huc pertinet, quod dici solet, suum heredem inuito non agnasci: ac propterea nepotem quasi ex filio natum sine filij consensu adoptari non posse. l. cùm nepos, 6. §. si quis, 10. D. de adopt. Neque enim vtrouis casu suus heres filio per illud matrimonium agnascitur: cum pronepos viuo nepote suus heres dici filio non possit: nepos autem qui volēs nuptias contraxit, dici inuitus non possit. Alterum legis verbum est, AVCTORITAS, in quo duplex nascitur quæstio. prior, vtrum auctoritas præcedere debeat, vt in acquirenda hereditate: l. si quis mihi, 25. §. iussum, de acquiren. hered. an satis sit eam in gerendo negotio interponi: vt in tutorum auctoritate. l. obligari, 9. §. tutor, D. de auct. tut. l. 1. §. vlt. D. de tutel. aut verò post negotium gestum adhiberi, tanquam ratihabitionem. velut in specie. l. 2. §. vltim. D. solut. matrim. l. 3. §. sed si mutua, D. de in rem vers. Ne longum faciam, credo ratihabitionem in hac caussa non retrotrahi: quæ tamen ex Iustiniani constitutione aliis omnibus in caussis retrocurrit. l. vlt. C. ad Macedon. l. donationes, 25. D. de don. int. vir. l. si fundus, 16. §. 2. D. de pign. ac ri-

dic

diculum quidem esset negare, ratihabitione nuptias confirmari. non enim potest pater habere ratas nuptias, quin easdem ratihabitione confirmet. Sed negandum est ratihabitionem illam retrotrahi: quia concepti ante illam liberi, iusti liberi non censeantur. Cuius rei hæc argumenta sunt. primùm, quòd Imp. apertè scribit, Iussum patris præcedere oportere. deinde quòd Vlp. in l. vxor, 13. §. siquis, D. ad leg. Iul. de adul. respondit, eum qui filiamfam. duxit, cuius nuptiis pater post adulterium ab ea commissum consensit, non posse iure mariti eam illius adulterij nomine accusare: nimirum quoniam ante patris consensum neque illa vxor, neq; hic maritus fuit. Tertium argumentum est ex l. dotis, 68. D. de iur. dot. vbi nuptię ignorante ab initio patre contractæ, si pater postea cōsenserit, tum demum iustę esse, & dos promissa ex eo tempore deberi dicitur. Quartum ex l. 6. C. de nupt. vbi nuptiæ in prouincia muliere consentiente contractæ, si post officium depositum perseuerent, tum demum iustæ effici dicuntur. Non sumam quintum ex l. 5. C. eod. vbi auus qui cognitis filij nuptiis non contradixit, dicitur debere nepotem suum agnoscere: quasi nepos iste post illum demum consensum & conceptus & natus fuisset. quia verba illa, COGNITIS NVPTIIS, rectissimè accipi & interpretari possunt de cognitione nuptiarum, quo tempore, in alia forte ciuitate vel regione, contrahebantur. Altera quæstio est huiusmodi, Vtrum expressa auctoritas requiratur, an tacitus consensus sufficiat.

Respondeo, Tacitum consensum sufficere: hoc est, iussum expressum non requiri, sed satis esse, si pater non cōtradicat, atque apertè dissentiat. d.l.si vt proponis, 5. C.de nupt.l.in sponsalibus, 7.D.de spons. Tertium legis verbum est, NVPTIAS NON CONSISTERE: ex quo hæc fluxit quæstio: Vtrum contractæ nuptiæ, ipso iure nullæ sint, an verò per magistratum rescindantur? de quo Paulus dubitare nos non sinit, qui lib.Sentent.2.titu.19.scribit, matrimonia hæc iure non contrahi, sed tamen contracta non solui. contemplationem enim publicæ vtilitatis priuatorum commodis anteferri. Quod vt intelligatur, illud scire oportet, aliam dici legem perfectam, quę quod contra pręscriptum ipsius factum est, vel ipso iure, vel per magistratum rescindit. l. non dubium. C.de legib. aliam perfectam, quæ factum quidem non rescindit, sed pœnam irrogat: qualis est lex Furia testamentaria: de qua scribit Vlpianus titul. Regul.1. Pœna autem huiusmodi matrimoniorum est, vt neque vir, neq; vxor, neque nuptiæ, neque dos intelligatur: & qui liberi nascentur, inter spurios numerentur. §.penult. Instit. de nupt. Et quemadmodum scribit Apul.lib.6. Nuptiæ, inquit, patre non consentiente factæ, legitimę non possunt videri, ac per hoc spurius iste nascetur. Deinceps consequens est, vt de iis qui sui iuris sunt, disseramus. In quo distinctio adhibenda est. Nam mares quidem, etiam vigintiquinque annis minores, parentibus inconsultis iustum matrimonium contrahunt: & suscepti liberi iusti atque

her

heredes ſunt.l.filius,25.D.de ritu nupt.l.3.§.ſi emancipatus, D.de cont.tab. Fœminæ verò minores annis xxv.iuſtũ matrimonium non contrahunt : adeò vt etiam patre mortuo, ſiue pupillę ſint,matris,tutoris,& propinquorum ſententia requiratur. l. 1. C. de nupt. & ſiue viduæ ſint, ſiue virgines puberes. l.viduæ,18.l.in coniunctione,20.C.eod.At poſt xxv.ætatis annum, propter patris ſocordiam, ſi honeſtum matrimonium contraxerint,exheredari non poſſunt. Nouella 115. Animaduertendum eſt autem, quamuis emãcipati matrimonium patre inconſulto contractum, iure ciuili Quiritium iuſtum eſſet, tamen ſi mulierem ignominioſam duxiſſet, veluti mimam, aut meretricem, quoniam familiæ dedecus afferebat, antiquo iure iuſtam hanc exheredationis cauſſam in nepotib.fuiſſe: tametſi de inofficioſo agere nepotibus permitteretur:vt non minus eorum merita, quàm patris delictum perpenderetur.l.3. §.ſi emancipatus, D.cont.tabul. Nouo verò Iuſtiniani iure qui certas exheredationis cauſſas conſtituit, prætermiſſa hæc eſt. dict.Nouell.115.quanquam regis Galliæ conſtit. anno 1556. ſancitum ſit, vt mares ante annum 30. fœminæ ante 25.ob contractas ſine parentum auctoritate nuptias, & donationibus in ipſos collatis, & legitima portione ſpoliari poſſint. Iure autem Canoniſtico contra gentium omnium inſtituta & exempla matrimonia ſine parentum conſenſu facta pro iuſtis & legitimis haberi,patet ex c.ſufficiat,27. q. 2. vbi gloſſa ſubiungit requiri conſenſum ex

honeſtate,non neceſſitate. Item gloſ.in c.hoc ſanctum,32. q.2. & c.cùm cauſſam,6. Ext.de raptor. & c.cum quæ. de deſpon.impub. vbi textus& gloſſa disertè in eaſdem iſtas ineptias conſentiunt: contra textum expreſſæ diuinæ legis Iudic.c.14.Exod.c.22.& Samuel 2.

## QVÆSTIO X.

*An principalis obligatio pœnali ſtipulatione nouetur.*

POenæ ſtipulatio quatuor modis adhibetur. nam aut pacto ſubiungitur, aut contractui. pactum autem aut de contrahendo negotio,ſiue obligatione conſtituenda, aut de tranſigendo (id eſt diſtrahenda obligatione) interponitur. l.1.§.1.D.de pact.ſimilitérq; contractus aut eſt ſtipulatio (quę generaliter contractuum omnium communis eſt) aut quiuis alius ſpecialis. Quantum ad primum, quo pactum fit de dando, vel faciendo,ſi quia iure Quiritium vim ad obligandum non habet,ei pœnæ ſtipulatio ſub iiciatur: dubitari non poteſt, quin locus nouationi non ſit.quippe,cùm obligatio,quæ nouetur,nulla ſit. Nam illo caſu à conditione ſtipulatio incipit, Si nauem non feceris,centum dabis?l.ita ſtipulatus,115. §.itaque, D.de verbo.oblig. atque ita intelligendæ ſunt. l. obligationum,44.§.ſi ita, D.de obl.& act.Si fundum non dederis, centum dabis? Item l.1.§.4. D.ad leg. Falc.l.1. D.de pen.leg. Si penum non dederis centum dato. Sed res exemplo illuſtranda eſt. Qui

Qui nudo pacto promiserat se Stichum daturum, idem aduersario stipulanti spopondit centum dari, Stichum præstaret, Stichus, quia neque in stipulatione est, neque in obligatione, etiam in petitione non erit. sola igitur pœna peti poterit. Stichus tamen ante moram promissoris erit in solutione. quod apertissimè traditur in l. si pacto, 14. C. de pact. itémque in l. nuda, 5. C. de cont. stip. siquidem nudam pollicitationem de qua ibi agitur, ad dandi aut faciendi pactum referamus. Sed multò commodiùs est, eam ad pactum de non petẽdo referre. primùm propter illa verba, POST MOTAM LITEM, ex quibus apparet litem contra fidem in pacto datam institutam fuisse: ac proinde contra pactum de non petendo, quod apertissimè confirmatur in l. qui Romæ, 122. §. vlt. de verb. oblig. vbi transactio inter fratres coheredes facta fuerat: cuius hæc erat formula: Nihil ampliùs peti: l. siquidem, 24. & l. si de certa, 31. C. de transact. tum pœnæ subiecta stipulatio, si peterent. & quia vnus petierat Scæuola respondet, pœnam esse commissam. Eò accedunt illa legis illius verba, SI CONTRA pactum fecerit. Nam si de dando, vel faciendo pactum fuisset, tum ita scribi oportuisset, SI ITA FACTVM non erit: ex regula Labeonis in l. cum quid. 71. & l. continuus, 137. §. si vt aliquid, D. de verb. oblig. Quinetiam tentari potest, d. l. nuda, pertinere ad actionem in rem: vt qui possidebat, transigendi caussa, certam pecuniam sit pollicitus: pòst cum promissam summam non solueret, neque actio ex

pacto competeret, qua vrgeri posset: sempérq; rei vindicatio penderet, tũ illa redintegrata sit. nam post motam litem, & instauratam vindicationem, non modò aduersus transactionis exceptionem, doli vel in factum replicatio concedetur: verumetiam ex stipulatu actio, qua pœna petatur. quod valde consentaneum est cum l. siue apud, 28. C. de transact. Secundus casus pertinet ad pactum de non petendo, & ad transactionem, quæ ad distrahendum potius quàm ad contrahendum negotium adhibentur. Ergo hoc casu quæstio hæc exoritur, An ex pacto; cui pœnæ stipulatio subiecta est, simul & exceptio & pœnæ petitiô concedatur, vt actor exceptione summotus & iudicio victus insuper etiam pœnam debeat. Ambigui caussa permagna est, videtúrque textus in l. rescripto, 10. §. 1. D. de pact. significare inter Proculianos & Sabinianos ista de re concertationem fuisse. Proculiani iuris summi rationem vrgebant: commissam scilicet pœnæ stipulationem fuisse, & per litem motam obligationis conditionem extitisse. l. nuda, 5. D. de cont. stipul. Sabiniani contrà pro æquitate pugnabant, quemadmodum apertè Vlp. ostendit in d. l. rescripto, quasi æquius esset debitorem, cui creditor liberaliter debitum remiserat, illa donatione contentum esse, neq; summo iure cum donatore agere. donatoris enim caussa fauorabilis est, & ei pinguius succurrendum est: ait l. & exheredatum, 49. D. de re iud. Vnde intelligitur, totius controuersiæ summam hanc fuisse quòd Proculiani conuentio-

nem sic interpretabantur, quasi per coniunctionem creditor promisisset, Et hoc, & illud: Et non petam, & ,si petam, centum dabo. Sabiniani verò per disiunctionem, Aut hoc, aut illud. Aut non petam; aut si petam, centum soluam. Sabinianis astipulantur Mela, Paulus & Vlpianus l. si pater, 12. §. si mulier, D. de pact. dotal. l. rescripto, 10. §. 1. D. de pact. itémque Papinianus in l. si ita stipulatus, 115. §. vlt. de verborum obligationibus, Proculianis imperat. Arcad. sed tamen in ea caussa vbi periurium accessit. l. si quis maior, 41. Cod. de transactio. vbi in pœnam periurij statuitur, vt petens contra pactum iuratum, primùm suo iure excidat, deinde pœnam cõpromissam exsoluat. In hac contentione Hermogenianus arbitrum se honorarium interponit. Censuit enim si clausula, Rato manente pacto, adhibita fuisset, Proculianorum sententiæ locus esset: sin minus, Sabinianorum. l. penultim. D. de transact. quod idem traditur in l. cum proponas, 17. C. de transact. Sequitur tertia species, cùm principali negotio & contractui, pœnæ stipulatio subiungitur. Ad quam intelligendam duabus Regulis pro fundamento & pręmunitione vtendum est: quarum hæc prior est, Fraudatio prodesse fraudatori non debet. l. ait prætor, 10. §. penult. cum simil. D. quæ in fraud. cred. altera huiusmodi, Neque quod in alicuius fauorem inductum est, in eius odium conuerti debet: neque vicissim quod in alicuius odium inductum est, id in eius fauorem conuerti. l. nulla, 25. D. de legib. & l. relega-

torum,7.in fin.D.de interd.& rel. Quare cùm in fraudatoris pœnam & odium instituta nouatio sit, videndum est, vt iis tantùm casibus admittatur, qui ei prodesse non possint. veluti, cùm testator ita dixisset: Heres vxori penum dato: nisi dederit, centum dato: mora commissa nouatio fit, vt pœnam solam soluendo liberari heres possit: ex Q. Mutij auctoritate, quam Sabinus, Mela, Papinianus, Paulus, & Vlpianus sequuti sunt.l.1.§.4.D.ad l.Fal.l.1.D.de pen.leg. l.si penum,14. D.quand.di. leg. ced. l.ita stipulatus,115.§.Mutius,D.de ver.obl. Itaque huius rei exemplo qui ex aliquo contractu centum dare obligatus erit, & nisi dederit, ducenda, post moram ducenda debebit: neque centum soluendo liberabitur. Refragari tamen videtur l.prædia,28.& l.Lucius,47.D.de act.empt.l.duo societatem,71.&l.siquis à socio,41.cum l.seq.D. pro soc. quarum legum auctoritate permoti complures statuerunt, per stipulationem pœnæ præcedentem contractum non nouari. Verùm intelligendum est, quod superius diximus, absurdum esse vt nouatio in fraudatoris odium inducta, in ipsius fauorem conuertatur. quòd illis casibus omnibus accidisset, quibus id quod interest, pœnam exsuperabat. quare si maior pœna est, quàm quantum principalib. actionib. obtineri potest, fiet nouatio: sin minus, electio actori dabitur: ne quod ipsius caussa inductum est, in ipsius damnum conuertatur. Atq; hoc eodem modo responsum volumus ad l.4.§.Labeo ait,D.de dol.excep.sed multo vehementius ad-

uer-

uersari creditur. l. qui Romæ, 122. §. Flauius, D. de verb. obl. vbi Scęuola scribit, ob seruum manumittendi caussa donatum, agi & de libertate, & de pœna licere : quod si contrarium Scæuola respondisset, indignissimus iurisconsulti nomine fuisset, quid enim? liceretne frustratori soluenda pœna hominem libertate sua fraudare? Duo sunt igitur quæ caussam hanc specialiter adiuuant: primùm fauor libertatis: vt quãquam regulariter & res & pœna non debeantur, nisi nominatim id actum sit: l. ita stipulatus, 115. in fi. D. de ver. ob. tamen fauore libertatis singulare in hoc casu statuatur. l. generaliter, 24. §. siquis seruo. D. de fid. libert. deinde Adriani constitutio, quæ nominatim id sanxerat: quam constitutionem illo loco Scæuola respexit. Cùm tamen post Scæuolam aliud ius nouum ex Marci & Commodi constitutione inductum sit: vt seruus manumittendi caussa donatus, aut venditus ipso iure liber sit. l. vlt. D. de ser. export. l. 2. & l. 3, C. si mancip. ita fuer. alien. Superest quarta species, cùm duæ stipulationes factæ sunt, quarum prior est de dando, vel faciendo : altera de pœna. In quo casu nihil est quod dubitari possit, propter l. obligationum, 44. in fin. D. de obl. & act. vbi Paulus ait, priorem stipulationem de naui ædificanda transferri in posteriorem pœnalem: & quasi nouationem prioris fieri. Neque mihi aliquis dixerit, Paulum non absolutè dixisse, Nouationem factam, sed quasi nouationem: & nouationem contingere tantùm, vbi vel persona debitoris, vel caussa obligationis

mutatur:mutatione rei debitæ,(vt hoc casu pecuniæ pro Sticho)nouationem non contingere. Nam & vox, QVASI, sæpenumero pro vtpote vsurpatur: & constat mutata obligationis forma nouationem fieri. veluti si puræ stipulationi conditionalis subiecta sit: vt hoc casu §. 1. De nouat.& l.14.D.eod.denique Papin.apertè scribit in l.ita stipulatus,115,in fi. D.de verb.oblig. nisi nominatim cautum sit,vt vtrunque debeatur,actum videri, vt sola pecunia, non præstita re,debeatur. Neque obstat l.1.§.vlt.D.de stip. seru. vbi Iulianus ait, in hac formula, Decem Kalendis Titio dare spondes? Si non dederis, tunc Mæuio viginti dare spondes?duas esse stipulationes: sed Mæuio stipulatione commissa, Titium doli exceptione submoueri. nam illo casu variæ personæ in varias stipulationes deducuntur:& non vti eidémque vtraque stipulatio conficitur: vis tamen nouationis nihilominus manet:vt,si minus re ipsa, vi tamen & effectu nouatio contingat.

---

## QVÆSTIO XI.

*An dominium sine possessione acquiri possit.*

DOminium sine possessione acquiri posse, primus Ioannes disputauit:quem alij complures sequuti sunt, vt testatur Accursius in l.si fundum,16. D.de fund.dot.vbi se ad illam partem aggregat. Exempla autem proferũtur hæc si emptor in fundum inductus sit, ac mox inde

dec

decesserit. Item, si quis equum vendiderit, quem alter possidebat, & cùm fortè aquatum duceretur, emptori frenum obiter contrectandum præbuit. Pro Ioanne profertur primùm textus, quem Azo in Summa scribit esse vnum è mirabilibus mundi, ex l. quisquis, 28. C. de donat. vbi rei donatæ vel venditæ dominium transferri dicitur sine traditione, solo eius vsufructu retinendo. Secundum est ex d. l. si fundum: vbi mulier fundum quem alter bona fide possidebat, & propè iam vsuceperat, marito tamen dedisse in dotem dicitur. Ex quo confici videtur, fundi dotalis dominium mariti factum esse, quamuis eum alter possideat. Tertium est ex l. 1. C. de donat. quæ sub mod. vbi Imperatores scribunt, eum qui quid sub conditione donauit & tradidit, si conditio non impleatur, vindicare dominium eius rei posse. Quartum ex l. 4. C. de pact. int. emptor. vbi qui lege commissoria, quid vendidit, pacto non seruato, eius rei dominium vindicat: ac proinde vtroque isto casu res sine traditione possessionis in veteris domini dominio esse incipit. Quintum est ex l. si ager, 50. D. de rei vindic. & l. à Titio, 64. D. de furt. & l. legatum, 80. D. de leg. sec. vbi rei hereditariæ & legatæ dominium ad heredem & legatarium ipso iure transferri dicitur: quamuis eius possessionem nactus non sit. Eodémque refertur, l. filiusf. 16. D. de testam. vbi furiosus qui acquirere possessionem non potest, rei tamen sibi legatæ dominium acquirere dicitur: item l. si partem, 19. §. 1. D. quem. seru. amittat. vbi

is cui ignoranti via legata eſt, non vtendo eam amittit: quippe, cuius dominium etiam non vtendo adeptus fuerat. & l.1. D.de bon. poſ. vbi bonorum poſſeſſio admiſſa rerum dominium transfert. Quinetiam eodem pertinet. l.facta, 63. ad Trebell. vbi facta in fideicommiſſarium reſtitutione, ſtatim omnes res in bonis fiunt eius, cui reſtituta eſt hereditas: etſi nondum earum nactus fuerit poſſeſſionem. Sextum eſt ex l.cùm vir, 42. D. de vſurpat. vbi fundi dotalis à marito venditi dominium ita confirmatur, ſi mortua in matrimonio muliere, tota dos lucro mariti ceſſit: quaſi eius fundi poſſeſſio penes vxorem, aut certè maritum remanſerit. Septimum eſt ex l.1.C.de donat. vbi rei venditæ dominium transferri dicitur per traditionem inſtrumenti ſiue auctoritatis. quò eodem refertur l.1.§.pen.&l.quarundam.D.de acquirenda poſſ. & l.74. D.de contrah. empt. vbi idem ſtatuitur de clauibus prope cellam an horreum traditis. Verùm his tot argumentis non obſtantib. ſtatuendum arbitror, Dominium neque ſine poſſeſſionis traditione transferri, neque ſine eiuſdem apprehenſione acquiri poſſe. Nam, ſi pingui Miuerua diſputanda res eſt, cauſſa dominij efficiens eſt, animus vtriuſq; contrahentis congruens & conſentiens: hoc eſt, voluntas tranſferentis & accipientis. materia autem res, de qua conuentio fit. forma porrò, traditio & prehenſio vacuæ poſſeſſionis: finis, commodum & emolumentum rei, quæ tum in bonis eſſe incipit. nam bona quaſi à beando dicta ſunt: ait l.

bona.D. de verb.sig.Huius autem rei argumenta hæc habeo: Primùm in l.1. D.de ac.poss.vbi Paulus ait, Dominium rerum ex naturali possessione cœpisse: & possessionem à sedibus dictam, quasi positionem. ex quo existimari potest, acquirendæ possessionis notam ac symbolum fuisse, sedis alicuius, dicis caussa, positionem. Secundum argumentum est, quod Dari res, id est dominium eius transferri tum demum dicitur, cùm vacua,& non occupata, certa, ac non litigiosa, perpetua ac non temporaria eius possessio traditur, id est, eius fruendæ ac possidendæ potestas datur. Nam de vacua & non occupata, text.est in l.si pater, 8. C.de act. empt.vbi venditor prædij,qui non induxit emptorem in vacuam possessionem, ius omne penes se retinuisse dicitur.& l.2. D.eod.vbi vacua possessio tradi à venditore non videtur, siquis alter eam vel prætore auctore possideret. Facit l.Mæuius.66.§.fundo,D.de legat.2. De certa & non litigiosa,textus est in l.3. D.de act.empt.vbi traditio possessionis (sic enim legendum esse ante annos xx. docuimus) quæ à venditore fieri debet,talis est, vt siquis eam possessionem iure auocauerit,tradita possessio non intelligatur.& l.qui concubinam,29.§.si heres.D.de leg. 3.vbi legatum ab herede dari non videtur,quod ita datur,vt id habere non liceat. De perpetua & non temporaria, textus est in l. non videtur, 22.D.de acquir.possess.non videri possessionem adeptum,qui eam retinere non potest. & l.4.§. tūc in potestate,D.de vsurp. vbi ea demū iusta

possessio dicitur, quę auelli non potest; & l. mulieris, 13. §. desinere, D. de verb. signific. Aliud est igitur Rem tradi, aliud Rem dari. nam in illo factum & sola possessio continetur: l. si item tradi, 28. D. de verb. obligat. In hoc ius & proprietas atque possessio. l. non videntur, 167. D. de regul. iur. l. vbi autem, 76. §. vlt. D. de verbor. oblig. & l. 3. §. 1. D. de act. emp. vbi Pomponius ait, cum qui fundũ dari stipulatur, vacuam quoque possessionem tradi stipulatum intelligi. Itémque l. 4. D. de vsur. vbi etsi Papinianus aliqua in re à Pomponio dissentiat, apertè tamen fatetur verba hæc, REM DARI, vel factum tradendi, vel potius effectum dominij per traditionem transferendi continere. Itaque quamuis donari res dicatur etiam antequam tradatur: tamen tum demum esse donatio intelligitur, cùm traditio sequuta est. l. vlt. §. Lucius. D. de donat. l. quoties, 15. C. de rei vindic. l. qui saxum, 6. D. de donat. l. si tradita, 5. C. de his qui à non dom. l. 1. l. 4. l. 5. l. 7. C. TH. de donat. l. 1. C. Hermog. eod. quod tamen Iustinianus contra omnem iuris rationem abrogauit, in l. siquis argentum, §. sin autem, C. de donat. Deinceps videndum est, quemadmodum superioribus argumentis respondere possimus. Ergo quod ad primum attinet, intelligendum est, cùm antiqua lege Cincia de donationibus cautum fuisset, vt donatæ res tum demum intelligerentur, cùm mancipatæ essent, vel traditæ: quemadmodum in libello De donationibus docuimus: institutum esse, vt qui rei donatæ vel in dotem

datæ

datæ vſumfructum retineret, vi ipſa proprietatem tradidiſſe videretur: quia qui dominus eſt, vſufructuarius eſſe non poteſt, cùm res ſua nemini ſeruiat. Cùm autem ius illud primùm abrogatum, deinde reſtitutum ab Honorio & Theodoſio fuiſſet.l.penultim.& vltim.C.TH.de donat. facinoroſus Tribonianus ad illa legis verba: Quiſquis rem aliquam donando vel in dotem dãdo vſumfructum eius retinuerit: contra omnem iuris veteris rationem adiecit VEL VENDENDO. Ius ergo ſingulare eſt in d.l. quiſquis, ex quo ſumi argumẽtum non poteſt. vulg. l.quod contra.D.de regul.iur. Ad ſecundum argumentum reſpondeo ſimiliter, facinoroſum Tribonianum, quoties in Pandectis ſcriptum erat DOTI DICERE, ex Iuſtinianici iuris ratione repoſuiſſe, In dotem dare, vt apertè in dicta l.quia autem, 23. D.de iur.dot. vel DOTI DESTINARE: vt l.dotis, 7.in fin. D.eod. Certum eſt enim neque dotalem fundum intelligi, niſi cuius dominium marito quæſitum eſt.l.dotale, 13. §. 2. D. de fund. dotal. neque quicquam in dotem datum intelligi, niſi quod ſtatim ſponſi efficitur. l.ſed niſi, 8. D.de iur. dot. quinetiam aliud eſſe in dotem dare, aliud tradere: in illo enim dominium, in hoc ſimplex factum contineri. l.ſi ego, 9. §.1. & §.vlt. D.eod. Quod igitur in l.ſi fundum, & l. ſi rem æſtimatam, D.de iur.dot.ſcribitur, fundum in dotem datum, nec tamen traditum: vitioſè ſcriptum eſt, pro DOTI DICTVM. cùm antiquo iure data res in dotem nulla niſi per traditionem intelligeretur. Ter-

tia autem obiectio leuissima est, partim quia regulariter vindicatur res à domino, qui eam non possidet: quamuis non videatur renuntiasse possessioni, qui rem vindicauit. l. naturaliter, 12. D. de acquir. possess. partim quia quod sub conditione donatum est, si conditio non impleatur, non donatum intelligitur. l. vltim. C. de donat. quæ sub mod. l. caussam, 20. in fin. D. de manum. Ad quartum autem similiter respondendum est, non nouum dominium acquiri, sed vetus quod ante fuerat propter legem commissoriam renouari. Ad quintum porrò respondendum sic oportet, singulare esse ius ex lege XII. tabul. aut certè ex ipsius mẽte introductum: vt rei testamento relictæ dominium directo à testatore in heredem aut legatarium transeat: ex capite, Vti rei suæ legassit, ita ius esto. l. verbis, D. de verb. sign. & apud Vlpian. titul. regul. 19. Dominium igitur ex lege, possessio ex apprehensione acquiritur. l. cùm heredes, 23. D. de acq. poss. Quod autem antiquissimo iure in hereditatibus & legatis institutum fuerat, id postea mediæ iurisprudentiæ auctores ad bonorum possessiones, & fideicommissarias restitutiones & mortis caussa donationes produxerunt. Sextum autem sic facilè refellitur. Cùm esset iniusta fundi dotalis possessio emptori tradita: postea per euentum quo alienatio confirmata est, ipsa quoque confirmata fuit. vt l. penult. D. de fund. dotal. & l. prima, §. si vir, D. de acquir. possess. Septimum autem vix responsione dignum est: cùm satis constet, instrumenti & clauium

traditionem tanquam imaginariam ipsius rei traditionem intelligi: velut in vini venditione, degustationem. l. 1. & l. 4. D. de peric. & comm. & in rei grauis, veluti columnæ venditione, demonstrationem. l. 1. §. pen. D. de acq. poss. quod eodem modo de signato dolio Trebatius tentauerat, sed Labeo non probauit. l. 1. §. 2. D. eod.

---

## QVÆSTIO XII.

*In dominio transferendo, an præsentia & naturalis traditio requiratur.*

QVadripartita distinctio adhibenda est. nam & Traditio duplex fuit, vna solennis siue ciuilis, quæ Mancipatio dicebatur: altera Naturalis: auct. Vlp. tit. Regul. 19. & rerum aliæ mobiles, aliæ immobiles sunt. Quantum ad mancipationem, si mobilis res erat, non dubium est quin quadruplex pręsentia requireretur: auctoris, mancipis, mercis, & pretij: quemadmodum notum omnibus est ex verbis Caij iurisconsulti apud Boet. in Top. vbi de seruo exemplum profertur. Qui mãcipium, inquit, accipit, æs tenens ita dicit, Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio: isque mihi emptus est hoc ære, æneáque libra. deinde ære percutit libram: idq; æs dat ei à quo mancipium accipit, quasi pretij loco. vnde illud Varronis de ling. 4. In veterib. mancipiis scriptum, Raudusculo libram ferito. Quod si fundus erat, qui tradendus esset, tum in rem præsentem veniri oportuisse arbitror: ac

ſedem dicis cauſa ponendam, in qua emptor à venditore collocaretur. arg. l.1. in princ. D.de acq.poſſeſ. quanquam in mancipatione facienda glebam agri eodem modo adhiberi ſolitam arbitror: vt in vindiciis, de quib. teſtatur Agell. lib.20.c.9. Ac pari ratione imp. Conſtantinus ſtatuit, vt rei donatę dominium in donatarium non tranſiret, niſi ſi mobilis eſſet, corporalis, eius traditio ſubſequeretur: ſi immobilis, abſceſſu donantis nouo domino pateſieret: ſic enim loquitur in l.1.C.TH.de donat. Ex quibus perſpicuum eſt, venditiones huiuſmodi non niſi & præſentium rerum & pręſenti pecunia fieri potuiſſe. De pecunia quidem, Iuſtinianus teſtatur, lege XII.tab. ſancitum fuiſſe, ne rerum venditarum dominium niſi pretio ſoluto & adnumerato transferretur. §.venditæ, 31. D.de rer. diu. Quantum autem ad Traditionem quæ iuriſgẽtium erat, & dominium non iuris Quiritium transferebat, ſed in bonis rem efficiebat, vt eodem loco Vlp. ſcribit, ſic habendum eſt: ſiue res mobilis erat, ſiue immobilis, ſemper præſentia & rei & pretij opus erat: ſed ea vel vera, vel ficta. Vera præſentia eſt, quæ contrahentium oculis ita ſubiecta eſt, vt corporalis traditio fiat: id eſt, vt ait Theophilus, vt res de manu tradẽtis in manum accipientis trãsferatur. §.per traditionem, De rer.diu. quanquam tradentis aut accipientis perſonam negotiorum adminiſtratores ſuſtineant. l.qua ratione, 9.§.4. D.de acq. rer.dom.& l.1.§.pen. D.de acq.poſſ. Itaque cùm columnæ venderentur, quæ propter magnitu-
dinem

dinem ponderis ſine magno molimento moueri non poterant, Vlp.ſcribit, in rem præſentem ventum eſſe:&eas oculis vtriuſque contrahentis ſubiectas fuiſſe. d.l.1.§.pe.Sic abſenti res mobilis donari poſſe dicitur, ſi ea per nuntium mittatur,cámque donatarius recipiat:quia nuntius donatoris perſonam ſuſtinet. l.abſenti, 10. D.de dona. Ficta autem rei præſentia dicitur, cùm traditio vel cogitatione , vel nota & ſymbolo repræſentatur. Cogitatione,cùm iam antea aliam ob cauſam facta , nunc ad inſtans negotium accommodatur ac refertur:veluti,ſi cui rem commodaram, locaram, depoſueram, oppigneraram , ei rem eandem vendam , aut donem.l.qua ratione,9.§.interdum.D.de acq.rer. dom.l.3. §.illud,4. D.de acq.poſſ. l.ſiue autem, 9. §.1. D. de public. l. ſi rem, 62. de euict. & l.ſi ſeruus, 21.§.1. D.de acq.rer. dom. quod eodem modo de rebus donatis traditur , ſi quod qui iam apud ſe habet, ſibi habere iubeatur.l.abſenti,10.D.de donat.l.quędam,77.D.de rei vindic. nam cauſſa poſſeſſionis donatorum voluntate mutatur.l.nec ambigi,6. C.de donat.l.velles,6. C.de reuoc.don. Nota verò repræſentatur traditio,veluti, cùm claues apud horreum aut cellam traduntur. nam etſi neque merces , neque frumentum , neque vinum oculis & ſenſibus ſubiiciantur , tamen clauium traditio , imago quædam rei traditionis videtur : dummodo (vt dixi) apud ipſum horreum fiat. l. qua ratione,9. §.item ſiquis, D.de acq.rer.dom.l. clauibus,74. de contra.empt.Similiter inſtrumenti traditio,

id est eius scripti quo dominij auctoritas testata est, traditionis rei nota est. l. 1. C. de donat. Itémque vini degustatio pro totius dolij traditione valet. l. 1. & l. 4, D. de peric. & comm. item trabium & tignorum obsignatio. l. quod si, 14. D. eod. Et huc pertinet, quod de rerum incorporalium quasi traditionibus dici solet, vt quia veram traditionem non recipiunt, l. seruus, 43. §. 1. D. de acquir. rer. dom. vtendi concessio pro traditione valeat. l. 1. D. de vsufruct. l. vltim. D. de seruit. Nihil autem huc pertinent l. eius qui, 46. & l. sequent. D. de rei vindic. vbi rei iudicio petitæ dominium, de qua in litem iuratum est, ita demum dicitur in reum statim transire, si res præsens sit: quod si absens sit, tum demum cùm eius possessionem reus ex actoris voluntate adeptus erit. Primùm quoniam etsi de eo ibi agatur, qui dolo possidere desierat (cuius hæc pœna est, vt quanti in litem iuratum est, damnetur. l. qui restituere, 68. D. de ill. titul.) tamen præsens res eo loco apertissimè dicitur, quæ in defensoris potestate tum erat: absens, quæ non erat. Deinde res illa siue in potestate rei erat, siue non, certum est eam ab oculis litigatorum & transigentium remotam fuisse. Neque tamen iccirco superiori disputationi hoc aduersatur: quia si res in potestate aduersarij erat, iam antè dictum est, Repræsentationem esse: si non erat, Paulus disertè subiungit, caueri ab actore se possessionem traditurum. Nunc consequens est, vt de pecuniæ præsentia disseramus. quod enim Iustinianus ita scribit: Etsi lege XII. tab.

cauetur, vt venditæ rei dominium nisi soluto pretio non transeat, tamen rectè dici & iuregentium id effici: sic interpretor, quamuis lex XII. tab. de mancipatione & dominio, quod iure Quiritium transfertur, scripta sit, idem tamen locum habere etiam in alienatione dominij, quod rem in bonis iuregentium efficit: cuius iuris peruulgata emptio & venditio est. l. 1. D. de contr. empt. Quod igitur Plato de legib. XI. statuerat, ne aliter emptio venditióque contraheretur, quàm si præsens hinc merces, illinc pecunia traderetur, & discertè sancit δέχεσθαι ἐν τῷ παραχρῆμα τιμὴν: neque fide de pretio habita contrahi emptionem posse: id non modò in XII tab. translatum fuit, verumetiam ad peruulgatas emptiones & venditiones à Iurisconsultis traductum est. Neque enim iis assentior, qui iure ciuili populi R. longè aliter se rem habere tradiderunt. de venditione verò naturali, iampridem eiusdem Varronis testimonium ex lib. de Re rust. 2. in XII. tab. comment. protulimus: GREX inquit, dominum non mutauit, nisi sit æs adnumeratum. Sic pignora ex caussa iudicati præsenti pecunia vendi oportet, non sic, vt post tempus pecunia soluatur. l. à diuo Pio. 15. §. sed si emptor, D. de re iud. Itémque res fisci, l. 5. D. de iu. fisc. Quid igitur est, dicet aliquis, quod tot locis scribitur, quamuis pretium solutum non sit, tamen si fideiussor datus, pignus traditum fuerit, dominium transferri, atque adeò etiamsi sine vlla satisfactione fides emptori habita sit. l. quod vendendi, 19. D. de contr. empt. l. procu-

ratoris, 5.§.ſed ſi dedi, D.de tribut.act.§.venditæ, 31. de rer.diu.l.ex empto, 11. D.de act. empt. Sed intelligendum eſt, Iuriſconſultorum ingeniis introductam fuiſſe præſentiam fictam: quaſi vẽditor non modò præſens numeratum pretium accepiſſet, verùm etiam iam acceptũ emptori credidiſſet. vt iam certi condictione petatur, quaſi in creditum venditor abierit: vt illa verba demonſtrant, FIDEM HABVERIMVS EMPTORI. FIDEM EMPTORIS SEQVVTVS. Nam quoties alienam fidem ſequimur, creditum eſt: & de rebus creditis actio competit. l.1. & paſſ. D.de reb.cred.

## QVÆSTIO XIII.

*An liberi in conditione poſiti intelligantur ad hereditatem vocati.*

OBſcura quæſtio eſt, quæ vulgò in ſcholis ſic effertur, An liberi in conditione poſiti, ſint poſiti in diſpoſitione. veluti, Teſtator ita ſcripſit: Titius mihi heres eſto, ſi ſine liberis moriatur, rogo eum vt meam hereditatem Sempronio reſtituat. Titius ſuperſtites liberos reliquit. Triplex quæſtio naſcitur, quarum hæc prima eſt, an Sempronius, ſub conditione precario ſubſtitutus, propter defectum cõditionis à ſubſtitutione excludatur? Secunda, Si Sempronius excluſus eſt, an pater liberis in conditione poſitis fideicommiſſum debeat? Tertia, Si liberis fideicommiſſum debeatur, vtrum ex cauſſa teſtati, an inteſtati debeatur? Quãtum ad primam,

vid

video & Vlpianum & Martianum dilucidè affirmare, ſubſtitutum propter defectum conditionis excludi, l. ex facto, 17. §. ex facto, D. ad Trebell. l. filiusfam. 114. §. cum erit, D. de legat. 1. quod etiam ſubſtitutionis reciprocata formula perſpicuè oſtendit. Nam illius formulę, Si ſine liberis moriatur, hereditatem reſtituat, neceſſaria hęc eſt ἀντιστροφὴ, Si non ſine liberis moriatur, ne reſtituat. l. inter ſocerum, 26. §. 1. D. de pact. dotal. l. quibus diebus, 40. §. 20. D. de cond. & demonſtr. l. ſiquis ita, 83. l. iam dubitari, 86. D. de hered. inſtit. Quantum ad ſecundam, perſpicuum eſt, nullam expreſſam teſtatoris voluntatem apparere de fideicommiſſo liberis heredis præſtando. Quamuis enim in fideicommiſſis nuda teſtatoris voluntas dominetur, l. cum virum, 16. C. de fideic. tamen eam aliquib. verbis vel declarari, vel certè ſignificari oportet: ſi minus directis & ciuilibus, ac certè precariis, inflexis, denique quibuſlibet. l. fideicommiſſa, 11. D. de legat. 3. l. vbi, 19. §. 1. D. ad Trebell. & quamuis nutu relinqui poſſe fideicommiſſum dicatur: l. & in epiſtola, 22. C. de fideic. prius tamen alterius verbis rogari teſtatorem oportet, quibus illo nutu ac ſignificatione voluntatis reſpondeat. imò is demum nutu relinquere fideicommiſſum poteſt, qui & loqui poteſt. l. nutu, 21. D. de legat. 3. at in formula, qua teſtatorem vſum fecimus, nihil de fideicommiſſo liberis illis præſtando expreſſum reperietur. quinimo ſi de directis teſtamentorum formulis ageretur, figura illa verborum, Niſi rationes reddi-

deris, liber ne esto, magis adimere, quàm dare intelligitur. l. Titia, 59. §. vlt. D. de manum. test. & omnino vbi de directis formulis agitur, neq; institutio neque substitutio vlla in illa verborum figura intelligi potest. nam per illam formulam, Si filius meus viuo me moriatur, filius institutus non censetur. l. Gal. §. in omnibus. D. de lib. & post. l. siquis cum, 16. §. vlt. D. de vulg. substit. non magis quàm frater aut alius agnatus per illam formulam, Si meam hereditatem vindicare nolit. l. siquis ita, 82. D. de her. inst. Verùm hæc non rectè ad nostram quæstionem accommodantur: quoniam in fideicommissis multa tacitè ex præscripta testatorum voluntate admittuntur, quæ in directis substitutionib. non valent. l. cum proponebatur, 64. D. de legat. 2. Quare non obstat l. Lucius, 85. D. de here. instit. vbi cùm testator ita scripsisset, Titius frater meus heres esto: si Titius prius quàm hereditatem meam adeat, sine liberis decesserit, ille heres esto: Scæuola respondet, consilium testatoris hoc fuisse, vt non modò fratrem, verùm etiam ipsius liberos substituto præferret. Non enim iccirco Scæuola concedit, fratris liberos heredes substitutos esse: alioqui duos substitutionum gradus testator fecisset: à quo vnicum duntaxat gradum factum, manifestò constat. sed hoc significat, fratris liberos ab intestato sui patrui hereditatem vindicaturos: vt in l. si quis ita, 82. D. eod. denique vbi de directis testatorum disputationibus agitur, nihil tacitum, nihil nisi ex formula expressum admittitur. Sed

non

non iccirco induci argumẽtum ad quæstionem nostram poterit: quoniam, vt iam antè dictum est, dissimilia, sunt iura directæ & precariæ substitutionis: cùm in illa nihil, nisi nominatim expressum admittatur, in hac præsumpta testatoris voluntas admittatur. Itaque, vt iam ad tertiam quæstionem accedamus, necessariam esse distinctionem arbitror, vtrum testator suos liberos, aut extraneos heredes fecerit. nam priore casu, non dubitarem nepotes ex præsumpta voluntate aui tacitè substitutos intelligi: propter auctoritatem Papiniani, quæ etsi iure antiquo non valuit, tamen ab Imperatore confirmata nouum hoc ius induxit. Nam Papin. in l. cum auus, 102. D. de condit. & demonstr. statuit, vt etiamsi auus in fideicõmissoria substitutione conditionem illam non expresserit, sed simpliciter ita scripserit, Filius meus heres esto: Rogo te, fili, vt meam hereditatem Titio restituas: tamen propter pietatis conjecturam tacitè videri conditionem illam inesse, & pro expressa haberi quasi nepotes suos etiam non nominatos per fideicommissum substituto prætulerit. Quam Papiniani sententiam laudat, vt dixi, & confirmat Imperator in l. cum acutissimi, 30. C. de fideic. & rursus in l. 6. C. de instit. & substit. quibus omnibus in locis attentè obseruandum est, ius illud duntaxat de liberorum persona constitui. Quod si conditione illa tacita nepotes tamen vocati ad fideicommissum intelliguntur, quanto magis vbi expressa est? cum (vt dici vulgo solet) expressio eorum quę tacitè in-

ſunt,inanis eſſe non debeat, ſed aliquid eò amplius valeat atq;operetur,l.ſi ita leg.65.§.1.D.de legat.1, l.inter ſocerum, 26. §.cùm inter, D.de pact.dot. Quò etiam illud argumentum pertinet, quòd in patris voluntate æſtimanda maior pietatis,quàm verborum ratio habetur.adeò,vt quamuis verba fideicomm. ceſſent, tamen ex coniectura patris animus & voluntas paterna æſtimentur. l. vnum ex familia, 67. §.vlt. D.de leg.2.l.Titius,25.§.1.D.de leg. & poſt l.tale pactum,40. §.vlt. D.de pac. deniq. valere coniecturam de propenſa voluntate parentum erga liberos,patet ex l.vlt. C.com. vtr.iud. itémque ex l.3. C.de inoff.qu.l.nam etſi,15. D.eo.l.de emanc.13.§.cum enim,C.de leg.her.Nihil autem huc pertinet quod ſuperius protulimus ex l.114. §.cum erit, D.de legat.1.& l.17.§.3. D.ad Treb. quia valent quidem illæ Iuriſconſultorum ſententiæ ad Sempronium excludendum, ſed non ad heredis inſtituti liberos admittendos.neque in illis vlla huius rei mẽtio interponitur: quanuis in d. §. 3. propoſita quæſtio ſit de filio à matre inſtituto. ſin autem extraneus ſit inſtitutus, tum quia non eſt Iuriſconſultorum, omiſſos in legib.caſus ſupplere:l.commodiſſimè,10. D.de lib. & poſt. ſanè quod & Papin. & Imp.tam diſertè ac præcisè de liberorum perſona conſtituerunt,audaciùs videretur,etiam in extraneos producere, cùm ſatis conſtet, legum præſcripta intra ſuos terminos & circunſtantias coercenda eſſe. l. quod dictum eſt, 32. D.de pact. l. proſpexit.12.D.qui & à quibus manum.

QVÆ

## QVÆSTIO XIIII.

### *Inter duorum fratrum liberos, vtrum patrui hereditas in stirpes, an in capita diuidenda sit.*

CAussæ constitutio hæc est: Si tres fratres fuerint, Primus, Secundus, Tertius, quorum Primus vno filio relicto decesserit. Secundus, duobus vtrum hereditas Tertij (quæ ccc. puta aureorum est) in duas tantùm partes diuidenda sit, vt Primi filius CL. reliqui duo simul tantundem auferant: an verò in tres, vt singuli centenos obtineant. Diuisæ Doctorum sententiæ fuerunt, cùm alij in capita & viriles portiones partiendam hereditatem contenderent, alij in stirpes. Horum autem argumenta ferè hæc reperio. Primum est ex Nou.118. (siue Auth. cessante, & seqq. C. de legit. her.) vbi Iustinianus statuit, vt fratris liberi, patruum defuncti, cuius de hereditate agitur, excludant: quamuis pari omnes, hoc est, tertio gradu distent. Ex quo intelligitur, Successionem siue Repræsentationem illis concedi: hoc est, quamuis tertio gradu sint, tamen vt patrem suum repræsentent, fingi in ipsius locum ascendere, ac secundum gradum obtinere. Successio autem ius diuisionis in stirpes peperit. §. cùm filius, 6. de hered. quæ ab intest. quare cùm in fratrum liberis repræsentatio sit, consentaneum videtur, diuisionem in stirpes iis concedendam esse. Secũdum argumentum est ex eadem Nouella, vbi constitutum est,

vt successio in capita post fratres demum, & fratrum liberos admittatur. Ex quo effici disputant, quandiu vel fratres, vel fratrum liberi extabunt, non in capita, sed in stirpes succedi. Tertium est (vt noui disputatoris verbis vtamur) quòd cùm idem Imperator constituerit filios fratris, & non vlteriores in parentis locum succedere, necessariò etiam illud constituisse videtur, vt in stirpes hereditatem diuiderent: cùm effectus repræsentationis hic sit, vt diuisionem in stirpes inducat. Itaque d. Nou. §. reliquum, scriptum ita est: Et quotcunque tandem fuerint, tam magnam ex hereditate portionem capiant, quantam percepturus fuisset pater eorũ, si superuixisset. Quinetiam scriptor d. Auth. cessante, Vocantur, inquit, primò fratres, fratrúmque filij in stirpes. Quartum, Bartholi inuentum est, quòd si fratrum istorum liberi in capita succederent, ea consequeretur absurditas, vt eiusdem hominis hereditas modò in stirpes, modò in capita diuideretur. nam si quatuor essẽt fratres, primus vno relicto filio, alter duobus, tertius sine liberis decessisset, iure illius eiusdem Nouellæ hereditas tertij in tres tantùm partes, ac proinde (vt Bartholus loquitur) in stirpes diuideretur. quòd si mutato casu dicamus, quartum fratrem vno pluribúsque liberis relictis decessisse, & tum hereditatem tertij in capita diuidendam esse: eiusdem hereditas primo casu in stirpes: altero verò in capita diuideretur. Hęc cùm ita sint, contrariam tamen sententiam probabiliorem esse arbitror. Primùm quia

constat iuris antiqui rationem, per mille amplius annos, vsq; ad d. Nou. 118. hanc fuisse, vt in hac quæstione hereditas non in stirpes, sed in capita diuideretur. nam cùm diuisio in stirpes, non, nisi vbi successio est, locum habeat, relinquitur, cùm lex XII. tab. nullam in agnatis successionem instituerit, hereditatem inter eos diuidi in stirpes non posse. Itaque siue frater, & fratris mortui filius extarẽt, ad tertij fratris hereditatem solus frater superstes illo iure antiquo admittebatur. l. 3. C. de legit. heredibus. l. 3. §. si duo, in fin. D. de legitim. tut. siue tres fratres essent, vnus ex his filium, alter duos reliquisset, hereditas tertij in tres partes, id est in capita, inter istos patrueles diuidebatur. l. 2. §. 1. D. de su. & le. l. 1. §. vlt. D. si pars her. pet. Item apud Vlp. tit. Regul. 25. §. agnatorum: & apud Iustinian. §. si plures, de leg. agn. tut. vbi hoc idem Theophilus in eandem sententiam interpretatur. Fratrum autem defunctorum liberos, non in parentum suorum locum successisse, vel hinc perspici potest: primum quòd si patruum aliquem superstitem haberent excludebantur: vt modò dictum est ex d. l. 3. C. de leg. her. deinde quia frater, quamuis fratri per patrem sit agnatus, ac proinde ad fratris hereditatem per intermediam patris personam quodammodo peruenire videatur, suo tamen & proprio suæ personæ iure, non quia patris in locum successit, hereditatem obtinet. pater enim iure antiquo liberis, nisi contracta fiducia, non succedebat. §. vlt. de leg. agn. tut. Quæ cum ita se habeant,

necesse est, eos qui contrariam sentētiam tuentur, fateri se nisi nouo Iustiniani iure adiuuari nō posse. hoc est, d. Nou. 118. vbi quia ius repræsentationis in fratrum liberis permissum est, iccirco disputant, etiam ius diuisionis in stirpes admissum esse. Sed videamus ne longè alia Iustinianici iuris ratio fuerit: primùm quia tum demum diuisioni in stirpes locus est, cùm ad eos hereditas defertur, qui è defuncti stirpe, id est sobolę ac progenie sunt. veluti cum aui hereditas ad eius nepotes aut pronepotes defertur. §. cum filius. 6. de her. quæ ab int. Itaque, in stirpes & Ex stirpibus succedere, idem sunt. l. 2. C. de suis & leg. Quare cùm fratris filij ex patrui stirpe ac progenie non sint, absurdum est hereditatem eius dici posse in stirpes diuidi. neque in tota illa Nou. 118. aut Nou. 127. vsquam reperietur, Iustinianum illa loquutionis absurditate abusum esse: & siquis vel Irnerius, vel Irnerij similis, in concipiendo Auth. cessante, absurditate illa est vsus, imperitè illum & inconcinnè (vt sæpe aliàs) loquutum esse contendo. Secundum argumentum est, quia ius nouum à Iustin. contra vetustissimi & perpetui iuris rationem certis in personis introductam earum personarum finibus coercēdum ac restringendum est. quod non modò fieri disertè iubet, verùm etiam nominatim Priuilegium appellat: hoc est, personale beneficium, quod personas, quarum proprium est, non egreditur. l. 1. D. de cōst. Pr. Τὸ δὲ τοιοῦτον προνόμιον, inquit, ἐν ταύτῃ τῇ τάξει τῆς συγγενείας μόνοις παρέχομεν τοῖς τῶν ἀδελ-

φῶν

φῶν ἀῤῥένων ἢ θηλείων υἱοῖς, ἢ θυγατράσιν, ἵνα εἰς τὰ τῶν ἰδίων γονέων δίκαια ὑπεισέλθωσιν· οὐδενὶ δὲ ἄλλῳ παντελῶς προσώπῳ ἐκ ταύτης τῆς τάξεως ἐρχομένῳ τοῦτο τὸ δίκαιον συγχωροῦμεν. id est, Huiusmodi autem priuilegium in hoc cognationis ordine solis concedimus fratrum aut sororum filiis, aut filiabus, vt in parentum suorum iura succedant. nulli autem omnino alij personę per hunc ordinem venienti ius istud concedimus. Et paulo pòst, ὁπότε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τοῖς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προνόμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον, μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ, μετὰ τῶν ἐκ πρώτου καὶ δευτέρου βαθμοῦ πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται. Id est, Cùm igitur fratris & sororis liberis istiusmodi priuilegium dederimus, vt in parentum locum subeuntes, soli quamuis tertio gradu sint, tamen cum iis qui primo ac secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur. Primum autem gradum dixit pro, Proximum, & quem nullus eo casu antecedit. Cùm igitur perspicuum sit, Iustinianum non simpliciter, omnino, & indefinitè fratrum filiis beneficium illud concessisse, vt in successione patres suos repræsentent, & vnà cum patruis in stirpes succedant, sed præcisè, restrictè, ac definitè, tum demum cùm defuncti frater extat, qui cum iis cõcurrat: cauendum est ne fines nobis ab illo circunscriptos migremus. Constat enim nouas constitutiones strictè accipiendas esse, ne suos terminos excedant: atque vbi de veteris iuris abrogatione non constat: ei standum esse. vulg. l. præcipimus, C. de

appell. vt multo consultius esse videatur, veteris iuris certam & exploratam auctoritatem sequi, quàm audaces coniecturas & interpretationes contra legislatoris verba & mentem comminisci. Tertium enim argumentum, quod Iustiniani mentem aperiet, est eiusmodi, quòd quæ ratio illum mouit, vt quam minimum ei adimeret qui totum habiturus iure antiquo fuerat, nimirum fratri superstiti: ea ratio locum in istis patruelibus non habet, quibus idem illud ius antiquum hereditatem similiter in capita distribuebat. Quartum est, quia quę benignitatis ratio eundem ad istud ius nouum instituendum adduxit: nimirum vt pars hereditatis aliqua miseris propinquis concederetur, qui antea nullam habebant: ea ratio locum in hac specie non habet. nam antiquo, immutabili, ac perpetuo iure prospectum illis fuerat, aditusq; ad patrui hereditatem æquè vt aliis patebat. Quemadmodum autem vbi eadem ratio est, ibi ius idem statuendum est, l. vltim. C. ad leg. Falcid. ita vbi legis ratio locum non habet, eò lex producenda non est. l. ex facto, 43. D. de vulg. & pupil. l. in omni, 13. D. de adopt. Quintum est, quòd cùm Imp. toties in illa Nouella profiteatur, se ius hereditatum velle ad naturalis æquitatis rationem reuocare: contrà hoc loco facere videretur, & subtilitatem potius ac fictionem sequi, quàm naturam imitari: quæ perspicuè suadet, vt hereditas inter eos qui pari gradu discrepant, pariter æquabilitérque distribuatur. l. 2. §. hereditas, D. de suis & legit. Sextum est, quòd

quòd veteris istius iuris ratione nulla posterius defuncti fratris liberis iniuria infertur: propterea quòd æquè accidere potest, vt plures liberos relinquat, ac prius defunctus. vbi autem fortuiti casus par in vtranque partem ratio est, neuter lędi videtur. l. si pater, 12. C. de inoff. test. Eámque sententiam video Harmenopulo probatam esse, lib. 5. titul. 8. & in German. comit. & Gallic. parlamentis approbatam. Tribus autem superioribus argumentis facillìmum est vna responsiòne satisfacere. nam cùm ex vna illa Nouella ducta sint, respondendum est, non si Iustinianus certis in casibus & personis agnatorum repręsentationem permisit, iccirco in omnibus permisisse. quinimo ex contrario argumentari licebit, quoniam certis tantùm ac definitis in personis id permisit, in cæteris omnib. veteris iuris prohibitionem reliquisse. arg. l. cùm prætor, 10. D. de iud. l. ex eo, 18. D. de test. ídque ipse apertè ac dilucidè iis quæ superius protulimus locis testatus est. Quantum igitur ad primum argumentum, fratris quidem filium patruo ad alterius patrui hereditatem prætulit, quamuis pari gradu sit: quoniam procliuius atque facilius illi visum est, hereditatem descendere, quàm ascendere. Quantum ad secundum, similiter specialis lex fuit, vt post fratris liberos in capita succederetur: non vsquequaq; & indefinitè, sed tum demum cùm vna cum patruis cõcurrerent. Quantum ad tertium, diximus hoc priuilegium, personaléque beneficium esse, ac nominatim ad eum vnum

casum pertinere, quo frater defuncti qui secundo gradu est, cum alterius defuncti fratris liberis, qui tertio gradu sunt, contendit. nostram autem quæstionem ad eum casum pertinere, quo patrueles inter se contendunt: qui omnes pari gradu sunt, totidémque gradibus à defuncto disiuncti sunt. Quare cùm Iustinianus certis tantum in personis à iure communi recesserit, quibus in casibus non recessit, ius commune retinendum esse. l. quod contra, 141. D. de regul. iur. l. si ita scriptum, 16. D. de manum. test. quantum autem ad quartum, primùm iam ante dictum est, Agnatorum hereditates nunquam in stirpes diuidi: deinde si maximè diuiderentur, tamen negandum est absurdum esse, vnius eiusdémque hominis hereditatem variè pro casuum & personarum varietate diuidi: hoc est modò in stirpes; modò in capita. Nam etiam antiquo & perpetuo iure cuius hominis hereditas, si ex duobus filiis nepotes succedebant, in stirpes diuidebatur eiusdem hereditas, si fratrum filij, & (vt vulgus loquitur) ex fratrib. nepotes succedebant, in capita diuidebatur. l. 1. D. de suis & legi. l. Papin. 8. §. quoniam, D. de inoffic. testamen. Sed bene habet. Cùm hæc superioribus annis scripsissemus, ac sæpe disputassemus, ecce nobis Fragmenta ex lib. Instit. Caij, singulari P. Pithœi eruditissimi viri beneficio in lucem prodierunt: in quibus titul. 16. caput hoc extat, quo disputatio illa nostra planissimè confirmatur. Quòd si defuncti nullus frater extet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem

her

hereditas pertinet. ſed quæſitum eſt, ſi diſpari numero ſint, fortè nati ex vno, vnus vel duo, & ex altero, tres aut quatuor, vtrum in ſtirpes diuidenda ſit hereditas, ſicut inter ſuos heredes iuris eſt, an potius in capita. Iamdudum autem placuit, in capita diuidendam hereditatem. Itaque quotquot erunt ab vtraque parte perſonæ, in tot portiones fuerunt. vbi fortaſſe legendum eſt, Tot portiones erunt. Quinetiam paulo pòſt caput hoc ex Paulo Iuriſconſ. ſubiungitur, Si duorum fratrum ſint liberi, non in ſtirpes, ſed in capita hereditas diſtribuitur: ſcilicet vt pro numero ſingulorum virium diſtribuatur hereditas. vbi non dubito, quin reſtituendum ſit MARIVM, vt fœminas excludat: quemadmodum capite inſequenti oſtenditur.

## QVÆSTIO XV.

*An alterius generis numos, quàm cuius crediti ſunt, vel exigere, vel ſoluere liceat.*

AD huius queſtionis explicationem primùm illa regula pro præmunitione adhibenda eſt, Regulariter neque creditorem aliud pro alio accipere, neque debitorem ſoluere compelli. l. 3. §. 1. D. ſi cert. per. l. eum à quo, 16. & l. ſeq. C. de ſolut. l. ſed addes, 19. §. ſi dominus, D. loc. Tum illa, In obligatione numorũ neq; qualitatis, neq; numeri, ſed ſolius poteſtatis rationem duci. Qualitas autem primùm in materia, deinde in forma publica conſiſtit. Poteſtatem

autem appellamus, pretium, siue, vt dici vulgo solet, valorem ei iure publico attributum: sicuti cùm aureæ, vel argenteæ, vel æreæ, vel etiam ferreæ, atque adeò coriacæ laminæ certa potestas publica auctoritate attribuitur. Quanquam Quantitatis nomine plerunque Iurisconsulti vtuntur, velut in l. si is cui, 94. D. de solut. l. quæ extrinsecus, 65. D. de verb. oblig. l. 1. D. de contr. empt. Atq; vt paulo copiosius de re ad cognoscendum præclara disseramus, intelligendum est Numos, non ex materia, sed ex hominum instituto, & publica lege æstimari: ac propterea non modò ex auro & argento, verumetiam ex plumbo, atque adeò ex corio cudi interdum solere. Cæsar lib. 5. Vtuntur autem ære, aut laminis ferreis ad certum pondus examinatis pro numo. Sic enim locum illum emendauimus. Seneca lib. de benef. 5. c. 14. Æs alienum, inquit, habere dicitur, & qui aureos debet, & qui corium forma publica percussum: quale apud Lacedæmonios fuit: quod vsum numeratæ pecuniæ prestat. In quam sententiam extat historia Pandolphi Collenucij & Antonini Florentini Chron. an. 1240. Nam cùm imp. Fridericus II. propter exhaustam diuturnitate Italici belli pecuniam, coriaceam monetam cudi iussit, pretium ei, siue, vt vulgò loquimur, valorem aurei Augustalis imposuit: statuítque vt eo pretio ab omnibus in emendo vendendóque sumeretur: simúlque per præconem edici imperauit, bello finito qui hanc monetam ad Cameram Imperialem referret, aureum Augustalem receptu-
rum

rum. quod cùm ab ipſo bona fide præſtitum fuiſſet, documentum, inquit Pandolphus, apertiſſimum præbuit, valorem & pretium monetę, non materia, ſed hominum inſtituto & conuentione æſtimari. quod idem in Addit. ad Chron. Abb. Vrſperg. relatum eſt. & apud Naucl. Generat. 42. quinetiam Helmodus Chron. cap. 395. Apud Danos, inquit, non habetur moneta, nec eſt in comparandis rebus conſuetudo numorum: ſed quicquid in foro mercari volueris, panno lineo comparabis. Perſpicuum eſt igitur, Numi eandem quam Chirographi rationem eſſe: non enim chirographum ex materia, id eſt, tabulis, cera, membranáve, ſed ex iure & poteſtate æſtimatur: vt cùm pignori chirographum traditur in l. ſi conuenerit, 58. De pign. act. aut cùm debitori redditur: l. 2. D. de pact. aut mortis cauſſa donatur. l. mortis cauſſa, 18. §. Titia, de mort. cauſſ. don. aut cùm debitori legatur: l. 3. §. 1. de lib. leg. l. qui chirographum, 9. De legat. 3. l. ſeruum, 44. §. eum qui, de legat. 1. Atque ob eam cauſſam argutiſſimè diſputatum eſt à Iuriſconſultis, in pecunia non corpus, ſed poteſtatem ſpectari: quinetiam numos non inter res corporales, ſed inter incorporales numerari. l. quiſquis, 95. de leg. 3. l. planè, 34. §. 2. D. de leg. 1. l. ſi is cui, 94. D. de ſolu. l. Lucius, 24. D. depoſ. l. ſed & ſi 10. D. de acceptil. l. ſi pœnę, 19. §. ſi falſo, l. qui heredis, 46. D. de cond. indeb. l. vlt. D. de adimend. leg. l. 5. de impenſ. l. ſi heres, 68. ad Treb. quemadmodum in teſſera frumentaria dicimus, non corpus, ſed quantitatem ſpectari.

l.Titia,87.de leg.2. Non enim ob corpus, aut pondus, aut imaginem insculptam numus repertus est: sed electa materia est, inquit Paulus, cuius publica æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniret. l. prima, D.de contrahend. empt. quibus verbis ἰσοδυναμίαν Vlpian. significat, quam pariationem fortasse non incommodè dicere possemus. Nunc vt ad institutum reuertamur, & superioris nostræ præmunitionis vsum aliquem ostendamus, primùm insignis doctrina extat in l.quæ extrinsecus,65.D.de verb.oblig.vbi nihil obesse stipulationi dicitur, si in appellatione rei varietur: veluti, inquit, si stipulanti denarios (erant autem argentei) tu eiusdem quantitatis aureos spondeas, obligaris. Quibus ex verbis intelligitur, cùm dicimus, Aureum, vel viginti quinque denarios, vel centum sestertios quanti videlicet Aureum fuisse constat) non plures res, & alias atque alias numerari: sed vnam eandémque rem: nimirum valorem siue potestatem pluribus nominibus appellari. ac proinde cum quis aureum debet, non præcisè corpus eiusmodi aliquod debere, sed potius ipsius valorem: & si quis pro aureo vel xxv. denarios, vel c.sestertios reddat, non aliud pro alio, sed eandem rem reddere. Itaque Imp.in l. vn.C.de coll.ær. & l.vn. C.de arg.pret.qu.thes. statuit, vt in publicis collationibus liceat, pro xx.æris libris, vnum auri solidum: pro singulis argenti, quinos æreos inferre. In eámque sententiam Liuius lib.38.Pro argento, inquit, si aurum

rum dare mallent, darent, conuenit: dum pro argenteis decem, aureus vnus valeret. Denique pecuniæ in solutionibus permutatæ passim exempla videmus: isque Collybus dicebatur. vt in Ora. pro Quintio, vbi P. Scapula C. Quintio pecuniam crediderat, numis scilicet Gallicis: quam Quintius Romæ & Romanis numis curare debebat. Cùm autem de eo collybo satis inter ipsos conuenire non posset, sumptus C. Aquilius eius controuersiæ arbiter fuerat; qui Quæstores vrb. talium permutationum peritos in consilium adhibuit. HOC eò per te agebatur (inquit Cicero, Aquilium alloquens) quòd propter ærariam rationem non satis erat in tabulis inspexisse, quantum deberetur, nisi à Quæstoribus quæsisses, quantum solueretur. Decidis statuisq; tu propter necessitudinem quæ tibi cum Scapulis est, quid iis ad denarium (id est, ROMANA pecunia) solueretur. Similiter Paulus in l. creditorem, 99, D. de solut. Creditorem (sic enim legendum esse cùm ex vulgatis libris, tùm ex re ipsa intelligitur) non esse cogendum in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit. Ex quo ratiocinari licet, si vbi creditor damnum non patitur, nulla planè formę ratio habetur: primùm obligationem pecuniæ non in forma signi publici consistere, sed potius in valore ac potestate. Deinde figuram illam, non esse verè ac propriè formam numi essentialem, quæ (vt vulgò loquimur) dat esse rei, & per quam numus est, id quod est: sed formam numi esse auctoritatem publicam, id est

valorem & poteſtatem ei publica lege impoſitam: quia numus non natura, ſed lege cenſetur: vt Ariſt. Ethic. v. ſcribit, καὶ διὰ τοῦτο τοὔνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει, ἀλλὰ καὶ νόμῳ ἐστὶ καὶ ἐφ' ἡμῖν μεταβάλλειν καὶ ποιῆσαι ἄχρηστον. Hinc illud Senecæ de benef. 6. Cùm dicimus beneficium illi reddi, non hoc dicimus, illud nos quod accepimus reddidiſſe: ſed aliud pro alio reddere. Eſt enim rem pro re dare. quidni? cùm omnis ſolutio non idem reddat, ſed tantundem. nam & pecuniam dicimur reddidiſſe quamuis numerauimus pro argento aureos. Conſtat igitur, cùm is qui C. HS pro aureo reddit, non aliud pro alio, ſed aureum ipſum reddere intelligatur: licere debitori, vel argenteos pro aureis, vel aureos pro argenteis ſoluere: dummodò nihil creditoris interſit. Intereſſe autem non ex affectione, ſed ex rei familiaris detrimento æſtimari. l. 3. D. de dam. infect. quanquam in minutulis numis ſoluendis Pariſienſi Arreſto non aſſentior, quo Pet. Rebuffus teſtatur decretum fuiſſe, vt pro numis aureis liceat etiam duplos (vt ipſe loquitur) & liardos ſoluere. quaſi verò non interdum plurimi, vel ad geſtationem, vel ad alia commoda interſit. l. 4. §. melior, D. de in diem addic. Verùm hæc quidem ita ſe habent. Nunc alia quæſtio exoritur: Numorum poteſtate mutata, vtrum eadem ſpecies quæ credita eſt, an verò æſtimatio debeatur. Ego diſtinctionem adhibendam arbitror: vtrum in ipſa numorum qualitate aut numero, an verò in poteſtate & valore mutatio contigerit, Qualitatem intelli-

gim

gimus in muteria, vt suprà diximus: veluti si Scutati qui olim in Gallia obryzati cudebantur, postea minus puro ex auro percutiantur: vel Capitati (quos Testones vulgò appellant) qui argentei olim erant postea mixto ex argento feriantur. Potestatis autem mutationem intelligimus, veluti quæ frequentissimè in Gallia contingit: vt cùm aureus scutatus qui superioribus annis erat tantùm assiculorum L. nunc pro LX. impenditur. De quantitate & pondere similiter Plin. lib. 33. cap. 3. testatur, asses primùm librales fuisse, post sextantarios: tum deinde vnciales, postremò semunciales. Et de potestate Volusius Mætianus scribit, Sestertium cùm ab initio duorum assium & semis esset, vnde nomen reperit: pòst ad quatuor asses excreuisse. Item Denarium cùm initio X. assium esset, pòst ad XVI. adauctum esse. Neque obstat quod scribitur in l. 3. D. de eo quod cert. loc. l. 1. D. de contr. empt. l. 3. D. de in lit. iur. vnam eandem ac perpetuam numorum potestatem vbique fuisse. Id enim intelligendum est de ea potestate, quæ lege lata imposita, deinceps post legem latam vbique seruabatur. neque olim nisi rarissimè, ac ne singulis quidem seculis mutabatur. Ergo quantum ad qualitatis, aut quantitatis mutationem attinet, hoc iuris esse arbitror, vt qui aureum non obryzatum pro obryzato reddit (si modò ille publica lege probatus sit) non aliud pro alio reddidisse videatur: cõtra l. 2. D. si cert. pet. sed planè eundem pro eodem: quoniam (vt suprà probatum est in numis non qualitatis, sed

ſolius poteſtatis ac valoris ratio ducitur. Tanti enim iam eſt non obryzatus, publica lege probatus, quanti olim obryzatus fuit tantùm denique mercis pro vulgari dabitur, quantum olim pro obryzato dabatur. Eiúſque rei argumentum extat apud Plin. lib.33. cap.3. vbi ſcribit, Bello Punico I. cùm impenſis Reſp. non ſuffic. libræ pondus æris imminutum, conſtitutúmque vt aſſes ſextario pondere ferirentur. Ita quinquè partes (inquit) factæ lucri: diſſolutúmque æs alienum. Quinetiam C.Manlius apud Salluſt.in Catil. Sæpe, inquit, maiores veſtri miſerti plebis R. decretis ſuis inopiæ eius opitulati ſunt. ac nouiſſimè, memoria noſtra, propter magnitudinem æris alieni volentibus omnibus bonis, argentum ære ſolutum eſt. Quantum autem ad poteſtatis mutationem, aliud eſſe iuris exiſtimarem: quoniam, vt ſuperiùs docuimus, qui olim aureum credebat, aut debebat, non tam ſpeciem ipſam numi, quàm valorem, id eſt centum ſeſtertios, credere, vel debere intelligebatur: l. quæ extrinſecus, 65. de verb.obl. ac proinde ſiue pretium decreuerit, debitorem tot aureos duntaxat reddentẽ quot acceperat, minus quàm acceperat reddere intelligi: ſiue pretium creuerit, petitorem tot aureos petentem, quot crediderat, plus quàm crediderit, petere. Eiúſque reciprocationis argumentum eſt primum par eadémque contrariorum poteſtas. l. ſi ex toto, §. de leg. I. deinde peruulgata iuris Regula, Secundum naturam eſſe, commoda cuiuſque rei eum ſequi quem ſequuntur incommoda. Æquè

autem

autem accretionis commodum, vt decretionis incommodum, & ad debitorem & ad creditorem pertinere, argumento est obligatio frugum, vini, olei, frumenti: de qua in l.vinum, 22. D.si cert.pet.l.vlt.D. de cond.trit.l.quoties, 59. D.de verb.obl. Vbi autem fortuiti euentus neutram in partem ratio ducitur, neuter lædi videtur.l.si pater, 12. C.de inoff.l.de fideicommisso, 11.C.de transf.Tertium argumentum ex l.2.C.de vet.num. pot. vbi imp. statuit, vt pro imminutione quæ in æstimatione solidi fortè tractatur, omnium quoque speciercum pretia decrescant. Qua in lege nomen specierum non de rebus cuiusuis generis, sed potius de specieb.monetæ & pecuniæ accipiendum arbitror: vt vnà cùm aureo gradatim omnes reliquæ monetæ pro rata cuiusque portione decrescant. Verùm hæc quidem ita se habent, vbi mora per debitorem aut creditorem commissa nulla est. nam vbi mora interuenit, omnis vtilitas restituenda est. l.si sterilis, 21.§.3. D.de act.empt. vel si dies in creditoris fauorem adiecta sit, l. si ita relictum, 43.§.Pegasus, l.cùm pater, 77.§.creatoris. de leg.2.l.eum qui, 16.D.de ann.legat.l.3.§.cùm Pollidius, D.de vsur.

# QVÆSTIO XVI.

*In lite frugum debitarum per Iudicem æstimanda, quæ ratio tenenda sit: id est, cuius temporis aut loci pretium spectari oporteat.*

SVperiori quæstioni finitima hæc est: ad cuius explicationem sex regulæ iuris adhibendæ sunt, quarum hæc prima est, Frugum pretia pro temporum& locorum varietate plerunque variari.l.3. D.de eo quod cert.loc.l.pretia, 65.§. vlt.D.ad leg.Falcid. Altera est huiusmodi, Neque creditor aliud pro alio accipere, neque debitor soluere cogitur, nisi inter ipsos conuenerit: veluti pecuniam pro frumento, vel vino, vel oleo.l.2.D.de re.cred.l.sed addes, 19.§.si dominus, D.loc.aliud enim pretium est, aliud merx. l.si ita, 42. D.de fideiuss. l.eo quod, 10. C.si cert. pet.l.eum à quo.16.& l.seq.C.de solut.nisi officio Iudicis iusta & probabilis caussa videatur.l. si domus, 72.§. qui confitetur, de leg.1. l.possessionum, C.comm.vtr.iud. l.non dubium, 14. in fin.de leg.3.l.cùm alienam, C.eod. Tertia est huiusmodi, vbi mora commissa non est, & res constituto loco petitur, qui fruges debet, si qualitas adiecta non sit, quaslibet dando, id est etiam vilissimas, liberatur. l.si is qui, 50. §.1. l.qui fideiussorem, 52. D.mandat.l.4.D.de tritic.vin. ol. Quarta hæc est, Vbi mora per debitorem commissa est, tum omnem frugum vtilitatem præstari: ac propterea quanti plurimi fruges siue

ue contractus siue iudicij tempore fuerint, ęstimari. l.3.§. vlt. & l. si sterilis, 21.§.3. D. de act. empt. Quinta hæc est, Vbi mora nulla est, frugum debitarum æstimatio si pura obligatio est, in strictis iudiciis ex tempore litis contestatę: in aliis, ex rei iudicatæ tempore spectatur. l. vinum, 22. D. de reb. cred. l. vltim. D. de cond. tritic. l.3.§. in hac, D. commod. Cuius differentiæ hæc ratio est, quòd in illis Iudex ad certam quantitatem in iudicium deductam astrictus est: in his verò, liberam ex bono & ęquo ęstimandi potestatem habet. l.2. §. nunc, de officio, & l. vlt. D. de eo quod cer. loc. qua de caussa plus petitionis periculum in iis versatur. l.1. D. de interrog. in iur. Neque huc pertinet l. pen. D. de cond. trit. non enim de frugibus, quarum æstimatio pro temporum & locorum varietate mutatur sed de specie, id est de homine mortuo ibi quæritur. Sequitur VI. Frugum debitarum æstimatio, si dies adiecta est, ex eius diei ratione ineunda est. ex d. l. vlt. & l. quoties, 59. D. de ver. obl. cuius obscura illa clausula videtur. Alioqui aliàs rei captio erit. Nam vt si pluris fruges sint, promissor grauabitur: sic si minoris stipulator. Quarę videndum est, ecquid potiùs ita legendum sit, ALIOQVIN ALIVS REI PACTIO ERIT. quandoquidem ALIVS genitiuum nostri quoque vsurpant. l. cum manu. 80. D. de contr. empt. Ergo si eius temporis ęstimationem sequeremur, quo res petitur, & non eius quo dari debuit alterius rei pactio, alterius petitio vel solutio esset. nam triticum, quod nunc vel pluris vel minoris est,

quàm cùm dari debuit, peteretur aut solueretur. In contrahendo autem quod agitur pro cauto habendum est. l. 3. D. de reb. cred. sempérque in stipulationibus id sequimur quod actum est. l. semper, 34. de reg. iur. Neque obstat l. cùm quis, 22. D. de obl. & act. vbi cùm quis in diem mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis æstimatio spectanda est, quo satis acceperit. nam fideiussor acceptus ibi fuerat, cùm dies obligationis venisset: & debitor appellatus satis eo modo fecerat. vt in l. si rem, 9. §. omnis, D. de pig. act. Restat vltima, Frugum æstimatio, si locus solutioni definitus est, ex eius loci foro ineunda est. d. l. vinum, & l. vlt. D. de trit. act. l. 3. §. vlt. D. de act. empt. l. idem erit, 60. D. de verb. obl. nam contraxisse quisque eo loco intelligitur, in quo vt solueret, se obligauit. l. contraxisse, 31. D. de obl. & act. l. 3. D. de reb. auct. iud. poss. neque alibi res iudicatur, quàm quo contestata lis est. l. vbi, 30. D. de iudic.

---

## QVÆSTIO XVII.

*An quæ à falso magistratu per magistratus nomen gesta sunt, rata esse debeant.*

VEtus quæstio est, An quæ à falso magistratu per magistratus nomen gesta sunt, rata esse debeant. cuius quæstionis argumentum insigne extat in l. Barbarius, 3. D. de off. præt. Barbarius, inquit Suidas, seruus fugitiuus cùm esset, Romę se pro libero gessit: vbi cùm in Antonij Triumuiri gratiam atque amicitiam sese insinuasset,
tand

tandem eius fauore atque auctoritate productus, Præturam petiit: Prætórque renuntiatus est. Re patefacta, magna quæstio exorta est: Vtrum ea quæ Barbarius in fungendo Præturæ munere gesserat rata esse oportet, an verò quasi à non Prætore gesta, pro nihilo habenda essent? Ea quæstio tractatur in d. l. 3. sed ita perplexè ac spinosè, vt facilè appareat, Vlpiani disputationem non modò in vulgatis, verum etiam in Florentinis, & Holoandrinis codicibus non vno loco mendosam esse. Danda igitur noua nobis opera est, vt eam tandem aliquando ab illis mendis vindicemus. Cuius rei facultatem nobis hinc maximam oblatam arbitramur, quod cùm Vlpianus actis Barbarij auctoritatem tribuat, perspicuè intelligitur, Pōponium in contraria sententia fuisse. Sic igitur scribendum arbitror: SED EI SERVITVTEM OBSTITISSE POMPONIVS AIT: QVASI PRÆTOR NON FVERIT. sublata voce NIHIL. sicut in l. in bello, 12. D. de capt. Nam Pomponius, ius commune secutus, negabat eum Prætorem fuisse, hoc argumento: quia serui ciuilium omnium officiorum ac munerum expertes sunt. l. in his officiis, 175. & l. vlt. D. de reg. iur. l. cùm Prætor, 12. D. de iudi. l. 7. D. de fals. itaque status seruorum arreptis mendacio dignitatibus non immutatur. l. non mutant, 11. l. non iccirco, 38. C. de liber. caus. l. 2. C. si seruu. aut libert. ad decur. l. assumptio, 6. D. ad muncip. nam honores non mendacio & fraude, sed legitimis modis capiuntur. l. Herennius, 10. D. de Decurion. deniq; moris fuit, vt si quis

contra quàm legibus licebat, magistratum adeptus esset, tum lex ad populum ferretur, ne ea res illi fraudi esset. Liuius lib.30. Latum ad populum est, ne C.Seruilio fraudi esset, quòd patre qui sella curuli sedisset, viuo, cùm id ignoraret, Tribunus pl. atque Ædilis pl. fuisset, contra quàm legibus sancitum fuerat. Quin etiam si quid vitij in clarissimorum virorum designationibus accidisset, magistratu se abdicare cogebantur: & quod vitiosè gestum fuerat, redintegrato auspicio corrigebatur: vt cum ex innumeris Liuij locis intelligitur, tum ex illo nobili Ti.Gracchi consulatu, de quo est apud Tullium de nat. deor. 1. & de diuin. 2. Liuius lib.4. Non tamen pro firmato stetit magistratus eius ius, quia tertio mense quàm inierunt, Augurum decreto, perinde ac vitio creati, honore abiere: quòd C.Curiatius, qui comitiis eorum præfuerat, parùm rectè tabernaculum cepisset. Quin & vitiosi magistratus illi dicebantur. Cicero Philipp.1. Quandiu tu voles, vitiosus Consul Dolabella. rursus cum voles, saluis auspiciis creatus. Ac mira de auspiciorum vitiis Plutarch. in Marcelli vita commemorat. Summa igitur Pomponianæ disputationis hæc fuit, quamuis Barbarius Prætor populi comitiis designatus fuerit, tamen ei seruitutem obstitisse, quominus verè ac iure Prætor esset. Quam disputationem Vlpianus sic excipit. At quin verum est, Prætura eum functum: quem versum Pomponio tribuere, perquàm absurdum est. nam vocem, Atqui, in aduersando & contradicendo vsurpari, nemo

mo ignorat. Sententia igitur hæc est, Vt Barbarius reuera Prætor non fuerit, attamen prætura functus est:& in Prætoria dignitate fuit. Subtiliter nimirum Vlpianus ita disputat, quasi aliud sit Prætorem esse, aliud Prætura fungi. sicuti aliud est Proconsulem esse, aliud Proconsulatum obtinere. l.1. D.de tutor.dat.ab his. aliud, esse in libertate, aliud esse liberum. l. quod autem, 10.cum sequent. D.de lib.causs. l.23. D.de noxal.act.l.2. C.de postlim. reuers. vt alio loco Spartacus in libertate fuisse dicitur, cùm tamen liber non esset.l.3. §.si seruus, D.de acq.poss. & apud Quintil. declamat. 340. & 342. item aliud seruum esse, aliud in seruitute.l.ei quoque,11.D. ex quib.causs.maior. vt addicti in seruitute esse dicuntur, cùm tamen liberi permaneant: vt est apud Quintil.lib.7.cap.3.& 9.cap.5.sic proprietarij seruus apud fructuarium seruire, & in seruitute esse dicitur, cùm tamen eius seruus non sit. l.is qui 18. D.de nox. act. l. vxori. 24. D. de vsuf.le. l.si postulauerit,24.§.de eo.D.de adult. Sic aliud est Possidere, aliud esse in possessione. l.si quis ante. 10. D. de acq. poss. aliud tutorem esse, aliud tutela fungi.l.si quis putans,C.de petit. hered. contráque versa ratione disputatur, eum qui furore correptus est, Prætorem manere fungi prætura non posse.l.nec mandante,8.§. 1.D.de tut.& curat. l.qui facere,20. D.de iudic. quam cum hac nostra coniungendã esse, vtriusque inscriptio declarat. Sic apud M. Tullium dicitur, aliud esse Quæstura, aliud Quæstoria procuratio: Verrin.3.C.Malleolo Questore Cn.

Dolabellæ occiſo, duas ſibi hereditates veniſſe arbitratus eſt, vnam Quæſtoriæ procurationis (nam à Dolabella ſtatim pro quæſtore iuſſus eſt eſſe) alteram tutelæ. Et multo pòſt: Illarum rationum ex ea fece legationis, quæſtoriæque tuæ procurationis illa ſunt nomina, quæ Dolabellæ neceſſario ſunt æſtimata. Ac pari modo videmus, ſeruum pro libero ac ciue communi hominum opinione habitum & Decurionatu & Ædilitate functum eſſe, neque tamen aut Decurionem, aut Ædilem fuiſſe, ſed in ſeruitutem & domini poteſtatem redactuum. l.2.C. ſi ſerui aut liberti decurion. item ſeruum publicè pro libero habitum arbitrum à Prætore datum, arbitrio quidem functum eſſe, re tamen vera neque arbitrum, neque iudicem eſſe potuiſſe. l.2. C. de ſentent. & interloc. item alio loco teſtamentum obſignaſſe, ciuiſque Romani munere functum eſſe, neque tamen iccirco ciuem aut liberum fuiſſe.l.1. C.de teſtam. Quinetiam diſputari non inelegãter aduerſus Pomponij ſententiam poſſet, Barbarium Prætorem dici potuiſſe, ſed nominis cauſſa duntaxat, atque (vt Dialectici loquuntur) ὁμωνύμως. ſicuti tutor falſus, & falſum teſtamentum, & modius iniquus, & Hercules pictus, per homonymiam dicitur.l. Paulus, 221.D.de verb. ſign.l.2.D.teſt.quemad. aper. Sic falſum Conſulatum M.Perpernæ Valerius appellat lib.3.cap.4.quia cùm peregrinus eſſet, Conſul prius, quàm ciuis fuerat: vt idem loquitur. Sic L. Florus Pſeudophilippum imaginarium & ſcenicum Regem appellat lib. 2. c. 14.

14. quod idem & de Pseudalexandro & de Pseudopersa, dici potuit. Sed hoc toto de genere reperio insignem locum apud Varronē lib. L. L. V. Quòd si Prætor imprudens, inquit, illud verbum emisit, aut quem manumisit, ille nihilominus est liber, sed vitio. vt magistratus vitio creatus, nihilo serius magistratus. His ita constitutis, & posita receptáque Vlpiani sententia, quòd scilicet Barbarius Prætor quidem non fuerit. prætura tamen functus sit. Deinceps verba ipsius audiamus. ET TAMEN, inquit, VIDEAMVS quo loco sustinenda vox est: & interpunctio adhibenda: hoc sensu: Magna quidem est Pomponij auctoritas, vt Barbarium prætorē non fuisse concedamus, sed tamen, quę vis illius opinionis sit, quæque ex ea consequantur, consideremus. Tum disputationem sic exorditur: Si quandiu seruus latuit, dignitate prętoria functus non sit, quid dicemus? Id est, Si Pomponij sententiam admittamus, & negemus Barbarium quandiu seruus non est cognitus (nam Græco more Latuit dixit, pro ἔλαθε) Prætoria dignitate functum esse, (nam particula In mendosè in solis Florentinis interiecta est, & locus per negationem legendus) quid dicemus? Vbi subaudiendum illud est, An etiam incommodum illud quod ex illa opinione consequitur, admittemus, vt ea quæ edixit, quæ decreuit, quæ toto imperij sui anno statuit, nullius momenti fuerint? at ista ratione futurum est, vt fortunæ ac facultates omnium ciuium, quibus anno suo ius reddidit, conturbentur. nam si magistratus non

fuit, ius non fecit. ius enim nisi qui in magistratu est, non facit. l. 2. §. post originem, D. de orig. iur. Ab iis, inquit, qui iuri dicundo præsunt, iuris effectus accipitur. Nunquid igitur satius ac Reip. vtilius est dicere, firma esse acta illius oportere, propter vtilitatem eorũ, qui apud eum vel lege, vel quo alio iure egerunt? Et verum puto (inquit) nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est. Sed quo iure? dicet aliquis. nempe eo, quod contra iuris stricti regulas ad Reip. vtilitatem accommodatum singulare appellatur. l. ius singulare, 16. D. de legib. & senat. l. iusto errore, 44. D. de vsurpat. Barbarij ergo statum & conditionem ab eiusdem actis separemus. nam quod ad ipsius personam attinet, certum est, eum seruum mansisse, quamuis in libertate fuerit. Quantum ad acta, propter vtilitatem eorum quibus ius dixit, ne tam multorum ciuium fortunæ turbentur, præstabilius est ea conseruari. nam pari modo videmus auunculi matrimonium, quod ipso iure incestum est, tamen propter liberorum statum à principe confirmari. l. qui in prouincia, 57. §. 1. D. de rit. nu. item sententiam ab eo dictam, qui cùm seruus esset, publicè tamen pro libero habebatur, & pro libero arbiter à Prætore datus fuerat, ratam haberi. l. 2. C. de sent. & interloc. & testamentum à simili veteratore obsignatum rectè obsignatum dici. l. 1. C. de testam. Pari etiam modo videmus acta Cæsaris, qui tyrannide Rempub. oppresserat, sibíque perpetuum in libera ciuitate dominatum asciuerat, tamen otij & tran-

quill

qualitatis caussa probari. nam Philipp. 1. Cicero sic loquitur: Primùm igitur acta Cæsaris seruanda censeo. non quò probem? quis enim id quidem potest? sed quia rationem habendam maximè arbitror pacis & otij.

Verùm huic disputationi opponi video l. nulla, 19. D. qui & à quib. vbi nulla dicitur esse libertas ab eo data, quem postea seruum fuisse apparuit. item l. non ideirco, 44. §. 1. D. de iudic. vbi absoluendus dicitur esse debitor, quem procurator eius quem postea seruum fuisse apparuit, iudicio persequebatur. item d. l. 1. C. de testam. vnde ducto ex contrariis argumento concludi potest, obsignatum à seruo testamentum pro nullo haberi: Simúlque hanc solutionem afferri, quod seruus per se solus auctoritate sua tanquam liber fecit, non tenere: quod populi auctoritate munitus fecit, tenere: sicuti iudicium infantis autoritate tutoris suppletur. l. quãuis, 32. infans, D. de acq. poss. Sed videamus, ne diuersa ratio sit. nam tutor legitimam auctoritatis præstandæ personam gerit: seruus neque manumittendi, neque litigandi procuratorísve dandi, neque testamenti obsignandi, personam idoneam habet. l. 7. D. de fals. Planius igitur ac certius dicemus, conditionem seruo impositam ab ipsius naturali conditione distinguendam esse: & quà veram ipsius conditionem spectamus, nihil ab eo gestum valere: quatenus impositam & vel vulgi vel Principis errore attributam, valere. Cuius rei perspicuum & populare exemplum suppeditat receptũ in ecclesia post

varias veterum contentiones hoc dogma: Ne sanctum baptisma iteretur. lib. C.1. vbi baptismus ab episcopis hæreticis collatus valere dicitur, nō quà persona illorum per se spectatur, sed quà dignitas & publicum munus, quod vulgi aut Principis errore illis iniunctum fuerat. Sequitur legis clausula: CVM etiam potuit populus R. seruo decernere hanc potestatem. Vbi non dubito, quin legendum sit, NVM ETIAM. primùm, quia continuò pòst Vlpianus id negat, quod isto modo disertè affirmaret. deinde quia dictu absurdum est, tantam ἀνιςορησίαν & Romanæ antiquitatis ignorantiam vel in Pomponium, vel in Vlpianum cadere potuisse: vt illud omittā, quòd Vlpianus dixisset potius CVM POTVERIT: quàm CVM POTVIT. Neque tamen sum nescius, suffragia populi, legis vim obtinere. quod etiam Liuius lib. 7. demonstrat. Aiebat (inquit) in XII. tab. legem esse, vt quodcunque postremum populus iussisset, id ius ratúmque esset. Iussum populi & suffragia esse. Itaque cum P. Cornelius Scipio, cui pòst Africano cognomen fuit, Ædilitatem peteret, Tribuni autem plebis obsisterent, negantes rationem eius habendam esse, quod nondum ad petendum legitima ætas esset, Si me, inquit, omnes Quirites Ædilem facere volunt, satis annorum habeo. cuius rei auctor est idem Liuius lib. XXXV. quod cùm ita sit, cui seruo populi suffragiis & quasi lege magistratus mandatus est, ei quoque ipso iure, & quodammodo tacitè concessa libertas intelligitur. quia concesso aliquo, ea sine quib.

const

constare illud non potest, concessa intelligun-tur. l.2. D. de iurisd. qua de caussa seruus à domino sciente tutor liberis testamento datus & libertatem & tutelam obtinet. l. quæro, 32. D. de test. tut. Sed respondendum est ex Vlpiani sententia, hoc pacto: Populus R. non potuit Barbario magistratum mandare. nam si seruum ignorabat, nulla ignorantis voluntas est. l. si per errorem, 15. D. de iurisd. itaq; dominus, qui Stichum, quem seruum esse ignorabat, tutorem liberis suis reliquit, nihil egisse intelligitur. Stichus enim neque tutor, neque liber est. l. si quis, 22. D. de test. tut. l. generaliter, 24. §. si quis, D. de fideic. lib. Sin autem populus R. seruum esse Barbarium sciuisset, eum à domino emptum liberum ac ciuem effecisset. SED SI SCISSET SERVVM ESSE, LIBERVM EFFECISSET: Sic enim rectè in vulgatis legitur: cùm in Florent. mendosè scriptum sit, SED ET SI. ac tantum abest, vt huic sententiæ aduersetur. d. l. quæro, de test. tut. vt eam apertè confirmet. prius enim quàm tutela seruo mandetur, ab herede manumissus dicitur. neque quicquam seruis cum populi R. comitiis iuris aut communionis fuit. Illud ad extremum notandum est, quod Vlpianus subiecit, in Imperatore multo magis obseruandum esse: ita meo iudicio intelligendum, quemadmodum superius diximus, vt sicuti stante Rep. legem ferri oportuisset, ne ea res iis quibus Barbarius ius dixisset, fraudi esset: ita necessarium Augusti rescriptum & priuilegium fuisse. arg. d. l. qui in prouincia, 57. D. de rit. nupt. Sic enim

princeps eum qui seruus fuit aureorum annulorum concesso iure, ingenuum efficit. l. sed si hac,10.§.2.D.de in ius voc. Quòd si populus potestatem habuit hæc probandi, ratáque habendi, multo magis Imperator: cui & in quem populus suam potestatem contulit.l.1.D.de const. princ. Sic idem Vlpianus scribit in l. quidam, 57. D.de re iud. si Prætor aut Consul minor ius dixerit, iccirco valere: quia princeps, qui ei magistratum dedit, omnia eum gerere decreuit. Populi autem potestatem in magistratib. mandandis translatam in Principem fuisse, nemo nescit ex l.1.D.de ambit. Sed iam super hac re nimis. Ad hasce autem quæstiones ridicula illa referri disputatio potest, de Ioanna, quæ virum mentita, Papatum aliquandiu tenuit: an vbi per partum detecta fraus fuit, eius in Papatu acta rata esse oporteret: & vtrum Papa, an in Papatu tantùm fuisse videretur.

---

## QVÆSTIO XVIII.

*Quæ res diuiduæ aut indiuiduæ dicantur, & quænam vtrarumque natura sit.*

QVoniam perplexa hęc disputatio est, altius paulo eius explicandæ initium sumemus. Rerũ igitur quædam corporales sunt, quædam incorporales, quædam vtriusque naturæ participes. nempe quæ pondere, numero, mensura constãt, quæ non obscurè separantur ab iis quæ in corpore consistunt.l.1.§.non solũ, D.ad leg. Falcid. l.talis.30. D.de leg.1. quippe, cùm in iis pond

pondus, numerus, mensura magis spectentur quàm corpora.l.nam etsi,13.§.vlt.D.de reb.cred. l.cùm stichus,29.l.si is cui,94.D.de sol.l.1.D.de contr. empt. l.si pœnæ,19. §.si falso, l.qui heredis,46.D.de condict.indeb. Corporalium quędam diuisæ sunt,quædam indiuisæ. Diuisæ huius argumenti non sunt, vbi de rerum diuiduitate vel indiuiduitate differitur. Quæ indiuisæ sunt, earum quædam naturaliter & ciuiliter diuisioné recipiunt, quædam ciuiliter tantum. Naturaliter diuidi res dicuntur, cùm partes fiunt corpore. Ciuiliter,cum iuris intellectu.l.Mæuius,66.§.2.D.de leg.2.illæ certæ sunt, & sensibus percipiuntur, dicunturq; diuisæ, & pro diuiso : hæ incertæ sunt,dicunturq; indiuisę,&pro indiuiso:quoniam per vniuersum corpus rei diffusæ sunt.l.5. D.de vsuf. l.7. D.de excep.rei iudic. l.siquis,43. D. de acquir.possess.l. ex mille,64.D.de euict.veluti si aceruus frumēti vel numorum sit plurimum communis, non modò pro mensura vel numero partes intelligentur, verùm etiam pro singulis aut frumenti granis, aut numorum corporibus. §.si duorum, 20. de rer. diuis. l. nam etsi, 13. in fin. D. de re. cred. quod eodem modo de gregis,armenti,æquitij capitib. singulis existimandum est, itêmque de rebus quæ in pondere consistunt,vt pro ponderibus partes ęstimentur.l.3.D.de rei vindic. Rursus partes naturaliter diuisæ & certæ potius sunt totum, quàm partes. nam hæc corporalis diuisionis vis est, vt tota plura conficiat.l.rectè,25.D.de verb.signif. Porro quæ natu-

raliter diuiduæ ſunt, multo magis ciuiliter ſunt diuiduæ. quia facilior multo eſt iuris intellectu diuiſio, quàm corpore, veluti fundus regionib, facilè diuiditur:ſed tum quæuis pars totum fiet, ac fundus appellabitur. l.locus, 60. D.de verb. ſig. l. 1. D.de euict. At ſi quis fundus vnius hominis proprius caſu aliquo plurium communis fiat,etiamſi corpore indiuiſus erit,tamen intellectu diuiſus dicetur:& tamen ſolidus manebit, d.l.Mæuius,66.§.2. vbi legendum eſt NAMQVE, D.de legat.2.

Nunc dicamus de iis quæ ciuiliter tantum diuiſionem recipiunt. Hæ ſunt, quæ,ſi naturaliter diuiderentur,interirent.velut animalia.nam Stichus quidem plurium communis eſſe poteſt , ſed diuidi corporaliter ſine interitu non poteſt. ciuiliter ergo partes eius intelligentur, id eſt pro indiuiſo. vt intellectu magis partes habeat,quàm corpore.l.5. D.de ſtipu.ſer.res denique mobiles omnes eiuſdem generis ſunt, veluti ſcyphus,nauigium,vehiculum,aratrum,totum denique fundi alicuius inſtrumentum. l. 8. in fin.D.de rei vindic.l.5.§.vlt. D.commodum, l.quæſitum.12.§.ſiquis,D.de fund.inſtruct.item arbor puta in confinio poſita,l.arbor,19.D.cõm. diuid.l.pen. D.pro ſoc. quinetiam quædam res immobiles eodem in genere cenſentur, veluti arbor. de qua modò dictum eſt. item fons, & puteus,quorum ſolum commune eſt.l.4.§.1.D. commun.diuid. item veſtibulum binarum ædium.d.l.arbor,§.1.D.eod.Atque hæc quidem de rebus corporalibus, nunc de incorporalib. diſſer

feremus: quæ cùm in iure consistere dicantur, l. 1. §. 1. D. de rer. diuis. l. 1. in fin. C. de præscript. long. temp. naturaliter quidem & corporaliter diuidi non possunt: sed ciuiliter earum quædam diuiduæ sunt, quædam indiuiduæ. Diuiduæ dicuntur, quarum partis vsus & commodum esse potest. Indiuiduæ, quarum partes nullum sui vsum præstant. l. viæ, 17. D. de seruit. Diuiduarum exemplum est plurium rerum stipulatio. quot enim res sunt, tot stipulationes esse intelliguntur. l. quia dicitur, 32. D. de euict. l. scire debemus, 29. D. de verb. oblig. Indiuiduarum rerum incredibile dictu est, quàm sit lubrica, quanque difficilis explicatio: propterea quòd perpaucæ res sunt ex iis, quæ in libris nostris indiuiduæ dicuntur, quin aliquo modo & (vt Græci dicũt) κατάτι diuisionem recipiant. Dominium rei per se indiuiduum est. quia nulla res pro parte alicuius esse potest, pro parte nullius. l. 3. D. pro derelict. & tamen cùm ipsius commodum (hoc est corporalis rei possessio) diuiduum sit, non dubium est, quin & communionem & diuisionem recipiat. pignoris caussa indiuidua esse dicitur. l. rem hereditariam, 65. D. de euic. itaq; dignus plurium rerum liberari pro parte non potest: l. qui pignori, 19. D. de pignorib. l. 6. C. de distract. pign. & tamen quia pignoris commodum, hoc est pretium ex eius venditione redactum, numero diuiditur, item (vt quæuis alia summa pecuniæ) iccirco diuiduitatem sine dubio recipiet. quin etiam voluntate creditoris diuisionem admittet, etiamsi vnum rei corpus foret,

idque natura indiuiduum. nam gemma pro centum aureis pignerata, si creditor consentiat, solutis quinquaginta pro dimidia pignoris liberabitur. arg. l. 3. D. de pact. l. l. quæ de tota, D. de rei vindic. Ac pari eodémque modo certę summæ obligatio ipso quidem iurę indiuisa est: indiuisa etiam eiusdem solutio: l. tutor, 41. §. 1. D. de vsur. l. Iulianus, 13. §. offerri, D. de act. empt. sed tamen aut voluntate creditoris, aut imperio Prætoris diuisioni ceder. l. stipulatus, 9. §. 1. D. de solut. l. qui hominem, 17. D. de acceptil. l. quidam, 21. D. si cert. petat. quod eodem modo in nominibus hereditariis cerni potest, quæ lege XII. tab. inter heredes pro portionibus hereditariis diuisa fuisse dicuntur. nam si, vt ea diuiderentur lege opus fuit, perspicuum est, eorum naturam indiuiduam fuisse. l. 1. C. si cert. pet. l. 6. C. fam. ercisc. l. heredes, 25. §. idem iuris, D. eod. qua ead. de caussa videmus, si summa pecuniæ deposita fuerit, & plures depositarij heredes extiterint, vnumquenque heredum pro virili tantum parte obligatum esse. l. 1. §. si pecunia, 24 l. si duo, 22. D. depos. l. vlt. C. eod. quod idem dicitur de summa pecuniæ in quam plures per sententiam condemnati sunt. nam singuli pro viribus tantùm partib. tenentur. l. si quid separatim, 10. §. 2. D. de appellat. 1. C. si plur. vn. sentent. condemn. itémque de confideiussorum obligatione. nam etsi singuli in solidum teneantur, neq; vnus partem soluendo pro parte liberetur, tamen ex Adriani epistola fideiussorum obligatio pro virilib. partib. diuiditur. l. 3. C. de

fid

fideiuss.l.28.l.29.D.eod.quod beneficium à Iustiniano productum est ad correos debendi etiam principales. Nouu. 99. & eos qui pariter eandem pecuniam constituerunt. l. vlt. C. de constit. pecun. proinde igitur ad eos, qui eandem summan pecuniæ mutuam sumpserunt. l. si in rem,12.C.si cert.petat.aut eandem domum in solidum conduxerunt.l.si diuisa,13.C.locat.l. item quæritur,13. §.duo rei,9. l.cum apparebat, 47.D.eod.

Ac pari ratione quamuis res iudicata sua natura indiuidua sit: l.in hoc iudicio,29. D. de re iudic. tamen in plures lata sit diuidua. l. si quis separatim,10.§.2.D.de appellat. & cautio damni infecti, quamuis opus ex quo damnum futurum est, indiuiduum sit, tamen cùm plurium dominorum est,diuisionem recipit.l.supra,11.§. 3.D.de aqu.pluu. Item depositum certæ pecuniæ in sacculo signato. nam si plures eius qui deposuit heredes sint,vtilitatis caussa fiet solutionis diuisio.l.1.§.si pecunia,24.D.de pos.Item obligatio faciendi. quamuis enim factum dici non potest, quod ex parte factum est, tamen quia sui natura continet id quod interest: l. si Kalendis, 11. l.siquis, 13. D. de re iudic. iccirco diuiduitatem per solutionem eius quod interest,hoc est pecuniæ,recipere dicitur. l.2.§.item si in facto.& l.stipulationes,72.D.de verb.obl. Item debitum operarum, quæ quanquam neq; promitti,neq; deberi pro parte possunt, tamen si plures patroni heredes existant, numero diuiditur earum obligatio. l. libertus, 15. §. 1. D.

de oper. liber. Sed insigne exemplum est in tutela: nam cum eo personæ detur, sequitur, vt eius obligatio sit indiuidua: & omnes in solidum teneantur. verumtamen vtilitatis pupilli caussa interdum ita diuiditur, vt singuli pro ea tantum parte quam gesserunt, teneantur. exemplo epistolæ D. Adriani, de qua paulo ante dictum est. l.1.§. nunc tractemus, D. de tut. & rat. distr. inter tutores, 36. D. de adm. tut. l. propter, 21. §.1. D. de excusat. l. si tamen, 15. D. de testam. tut. & l.1. & pass. C. de diuid. tutel. Quin verbis opus est? Nihil magis creditur esse indiuiduum, quàm seruitus, quæ à prædio vel homini, vel prædio debetur: veluti via, iter, actus: quippe, cùm seruitutis vsus sit indiuiduus. l.2. l.6. l. pro parte, 11. l. viæ, 17. D. de seruitut. hoc est, quoniam eius commodum in vsu consistit. vsus autem seruitutis est facti. nos autem de diuisione iam agimus, quæ nisi iuris intellectu non fit: & tamen vtilitatis caussa seruitus tempore ac loco diuidi dicitur. quamuis enim & ius sit perpetuum, & per vniuersum prædium omnésq; glebas diffusum sit, tamen vsus (qui facti est, non iuris) & temporis partibus, & in parte fundi certa constituitur: atq; ita quadantenus per consequentiam temporis & loci seruitus diuisionem admittet: ac modo determinabitur. l. certo, 13. §. 1. D. de seruit. rustic. l. arbor. 19. in fi. D. comm. diuid. l.5. §.1. D. de seru. Similiter, cùm vsus (quæ personalis seruitus est) indiuiduus esse dicatur, quia pro parte vti non possumus. l. vsus. 19. D. de vsu & habit. tamen interdum accidit, vt eodem
mod

modo diuidatur. veluti si spatiosæ domus vsus tenui homini sit legatus. nam interdum vna, interdum altera eius parte vtetur. l. 4. in princip. l. pen. §. 1. D. de vsu & habit. qua eadem ratione paulo pòst demonstrabimus falsam eorum esse sententiam, qui præfractè affirmant, vsumfructum non esse nisi diuiduum. nam cùm in facto, id est in fruendo consistat, l. 1. D. quand. dies legat. ced. cum, inquam, eius commodum in fruendo sit positum, quod totum facti est, non iuris, sequitur, vt eam diuisionem quæ fit iure & intellectu iuris, recipere non possit: vt mox docebimus: idémque paulò post etiam de hereditate tractabimus.

Nunc enim de iis rebus, quæ verè propriéque indiuiduæ sunt, neque vllo modo diuisionem recipiunt, explicandum videtur. Eiusmodi sunt balneum, campus, porticus: nam harum rerum omnium vsus diuisionem admittere non potest: sed in solidum est singulorum. l. 5. §. vlt. D. commod. Vtrum autem eadem vehiculi & nauigij caussa sit, difficilior aliquanto consideratio est, de qua paulo pòst separatim explicabimus. In hoc eodem genere censenda est seruitus quæ homini ab homine debetur. neq; enim pro parte aliquis liber esse potest, pro parte seruus: neq; pro parte ingenuus, pro parte libertus. l. si pariter, 7. D. de liber. causs. l. 1. §. communis, D. de stip. seru. l. alieno, 31. §. 1. D. de fideic. libert. Sic vectigal non nisi in solidum deberi dicitur, neq; diuidi in plures potest. l. communi, 7. D. commun. diuid. vt neq; mortis caussa

capio. l.qui duobus.23. D.de cond.& demonst. Restat, vt de iis dicamus, quas vtriusque naturæ participes esse diximus. sed dubitari non potest, quin illæ omnes pro sua natura diuiduæ sint: hoc est suo pondere, numero, & mensura diuidantur. d.l.29.l.94.D.de solut.l.1.§.non solum, D.ad leg.Falcid.l.si pœnæ, 19.§.1.D.de condict.indeb.

## QVÆSTIO XIX.

*Vtrum vehiculi & nauigij natura diuidua, vel indiuidua sit: & qui pariter vtendum sumpserunt, vtrum in solidum, an pro virilibus teneantur.*

CAussę constitutio hęc est, quam Celsus tractat in l.5.§.vlt.D.commod. Titius vehiculum Primo & secundo commodaui: quod fuit aureorum viginti. id aliquis surripuit. Titius aduersus Primum agere commodati instituit in solidum, & viginti ab eo petere, quasi vterque illorum in solidum obligatus esset. Primus pro sua virili parte solutionem offert, nimirum aureos decem: neque se amplius quàm pro rata parte teneri defendit. Quærebatur, vtrum vterque illorum in solidum, an pro virili tantum parte teneretur. Dubitãdi caussa, vt pro sua tantum quisq; parte obligatus esse videatur, duplex est. prior huiusmodi: Cùm commodatũ re contrahatur, consequens est commodatarios eatenus duntaxat obligari, quatenus res ipsis tradita est. at vehiculum vtrique in solidum tradi non

pot

potuit:sed pro cuiusq; parte duntaxat. quia regula iuris est, vnius eiusdémq; rei: nec dominium nec possessionem penes duos in solidum esse posse. l. de hereditate, 19. §. 2. D. de cast. pecul. l. Mæuius, 66. §. 1. D. de legat. 2. quæ regula non tantum obtinet in re naturaliter diuidua, veluti agro vel area, l. 6. §. 1. D. commu. pręd. sed etiam in re ciuiliter tantùm diuidua: veluti nauigio, vel vehiculo. nam etsi non potest quis esse dominus speciei pro parte corporali, id est pro diuiso (cùm eiusmodi res per naturalem diuisionem intereant) tamen potest esse dominus pro parte ciuili: id est pro indiuiso. itaque etsi vehiculum non potuit vtrique in solidum tradi, tamen potuit tradi, & reuera traditum est vtrique pro virilibus partib. & pro partib. indiuisis. ex quo concludi posse videbatur, eos non in solidum obligatos esse, sed tantùm pro partib. indiuisis. Secunda dubitandi caussa est, quia commodare nihil aliud est, quàm vtendum dare. l. 1. §. 1. D. de commod. Vsus autem & commodum vehiculi est euectus, siue vectura ipsa. at euectus non insolidum fuit Primi, sed pro sua parte duntaxat. non enim Primo & Secundo totius vehiculi, sed singulis separatim pro parte, quam quisq; suo corpore occupaturus erat, concessus fuit. non vteruis, inquam, solidum euectum habuit, id est vniuersam vehiculi commoditatem, sed singuli suam & propriam, sicuti de possessione loci dicitur in l. 3. §. ex contrario, D. de acquir. poss. Verùm his non obstantibus contrarium Celsus respondit, vtrunque scilicet

commodatarium communis culpę & negligentiæ nomine non pro virili parte, sed in solidum obligatum esse. cuius suæ sententiæ duas affert rationes meo iudicio æquissimas. prior est, quoniam ambo commodatarij pariter totius vehiculi custodiam in se receperũt: hoc est non pro ea parte vehiculi, quam quilibet eorum occupaturus erat, sed totius in solidum: vt hac ratione duo rei constituti esse in solidum eiusdem locationis intelligantur, l. item quæritur, 13. §. duo rei. D. locat. quippe, cùm commodator amborum fidem in solidum secutus sit, non cuiusque pro sua virili parte. l. eandem, 9. D. de duobus reis. hanc enim correorum caussam & conditionem esse constat. vt eiusdem rei nomine non singuli pro virili parte, sed pariter in solidum obligati sint. §. 2. de duob. reis. l. reos, 11. §. 1. D. eod. eaq; Celsi disputatio infra scriptis iuris regulis confirmatur. Quod à pluribus pro indiuiso commissum est, singulis in solidum obligat. l. semper, 25. §. 2. D. quod vi aut clam. Quod in partes diuidi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur. Quod dolo culpáve plurium in solidum admissum est, non nisi solido soluto restitui potest. l. si duo, 22. D. de pos. vbi eius rei exemplum in re apud duos deposita proponitur: vt aduersus vnumquenque ipsorum in solidũ agi possit. l. 1. §. si apud duos, D. eod. alterũ etiam exemplũ extat de re duob. locata, in l. si diuisa, 13. §. 1. C. locat. itémq; in tutela plurib. in solidum data, vt ipso iure singuli in solidum teneantur. quoniam singuli in vniuer

uerſum patrimonium dati ſunt.l.propter,21.§.1.
D.de excuſat.ſinguli in ſe totius tutelæ pericu-
lum in ſolidum receperũt. tametſi hoc quidem
caſu ad exemplum epiſtolæ D. Adriani benefi-
cium diuiſionis implorantibus indulgeri ſolet.
l.1.§.nunc tractemus,D.de tutel.& rat.diſtr.l.ex
pluribus.42.l.tres tutores,55.D.de admin.tut.l.
2.C.de diuid.tut.l.6.in fin.C.arbitr.tutel.&No-
uell.99.c.1.

Hanc tamen ſententiam ita Celſus accipien-
dam eſſe ſubiungit, vt quamuis vehiculi com-
modator electionem habeat aduerſus vtrũ vo-
let experiundi,& ſolidum ab eo exigẽdi,tamen
integra vnius ſolutione alter liberetur. quod i-
dem de hac ipſa commodati & locati & depo-
ſiti cauſſa cõcordiſſimè traditur,in l.ſi ex duob.
15.D.de tut.& rat.diſtrah. l.1. §.ſi apud duos.l.ſi
duo,22. D.depoſ. d.l. ſi diuiſa.13. C.locat. cùm
tamen ei qui ſolidum exſoluit, cedi actio ab eo
qui exegit aduerſus alterum debeat aut ei vtilis
actio concedi.vt quod amplius ſua parte exſol-
uit,ab altero recuperet.l.cùm apparebit,47.D.
locat.quod idem in contutorib.locum habet.l.
ex plurib. D.de admin.tut. d.l.1. §.nunc tracte-
mus, de tutel.& rat.diſtrah. Secunda Celſi ratio
eſt, quoniam vſus vehiculi ſimilis eſt vſui bal-
nei,aut porticus,vel campi,plurib.ad lauãdum,
ambulandum,exercendum conceſſi. Atqui ha-
rum rerum vſus vniuſcuiúſq;eſt in ſolidum.ne-
que enim quiſquam eo minus rebus illis vtitur,
quòd alius quoque vtatur. vſus, inquam,vnius,
alterius vſum non minuit. quaſdam enim res

esse constat; quarum vsus non modò solidus plurium esse potest, verùm etiam non solidus esse non potest. veluti fluminis per quod ius est cuique nauigare. l. riparum, §. D. de rer. diuis. item loci publici, qui omnium vsibus de seruit. l. 1. §. 1. D. ne quid in loc. public. item porticus, in qua ambulatio: lucerna denique, cuius vsus ita plurimum est, vt æquè sit vniuersorum. Quod si vehiculi vsus similiter in solidum vniuscuiusq; vectoris est, sequitur, vt vnusquisque culpæ in eo custodiendo commissæ nomine in solidum teneatur. Sed aduersus Celsi rationem exoriebatur hæc disputatio, quam idem subiungit, in versic. VERVM IN VEHICVLO, &c. aliam scilicet videri balnei, porticus & campi, aliam vehiculi rationem. quoniam balnei vsus non potest non esse singulorum balneatorum insolidum. quandoquidem calor balnei peræquè ad singulos in solidum perfertur: neq; vnius vsus per alterius vsum imminuitur. sicuti nec lecticæ, nec porticus nec campi, nec fluminis, nec nauigij, nec lucernæ. At vehiculi vsus & commodum non insolidum est singulorum, sed pro parte quadam euectus: id est, pro ea parte, qua quisq; vehitur, vniuscuiúsq; proprius est. quoniam (inquit Celsus) non omnia loca vehiculi vnus obtinet, sed partem duntaxat. neque dubium est, quin vnius vsus alterius vsum imminuat. etenim nec par eadémque est locis omnibus sedendi commoditas: & celerius vnus solus vehitur, quàm plures simul: & is pro suo arbitrio mutare locum potest, & in quam volet partem: & modò sedens,

dens, modò iacens, aut diſcumbens: interdum etiam pedib. iter facere, interdum conſiſtere. Huic igitur obiectioni Celſus ita reſpondet, vt fateatur, non vſquequaque parem eſſe balnei, porticus, campi, nauigij, lecticæ, & vehiculi rationem. ſiquidem iſtarum rerum vſus per ſe conſideretur. ſed quantum ad id quod agitur, vtrum ſcilicet ſinguli pro parte, an in ſolidum amiſſi vehiculi culpam præſtare debeant, eſſe quam ſimillimam. quoniam in hac conſultatione neque res ipſæ, neque illarum vſus per ſe conſideratur: ſed id quod inter contrahentes actum eſt. Inter commodatorem autem & commodatarios hoc actum eſt, vt commodator ſingulorum fidem in ſolidum ſequeretur: ſicuti loquitur Papin. in l. eadem, 9. D. de duob. reis. hoc eſt, vt ſinguli commodatarij totius vehiculi cuſtodiam in ſolidum in ſe reciperent, non pro qua quiſque parte locum occuparet: quod ne fieri quidem vllo pacto poteſt. atque iccirco ſiue vehiculum (vt in caſu propoſito) ſiue lectica, ſiue nauigium commodatum ita fuerit, vt ſinguli in ſolidum eius cuſtodiam præſtarent, in pari cauſſa paria iura cõſtituenda eſſe. Ex quib. ita diſputatis facile intellectu eſt, quemadmodum & ſuperiorib. duab. obiectionib. reſponderi poſſit: & verò etiam argumento quod ſumi poſſet ex l. rem mihi, 21. §. 1. D. commod. ſi quis duobus vaſa quædam communi periculo commodauit, & ea culpa ipſorum ſurrepta ſint, habiturum commodatorem actionem aduerſus eos pro cuiuſque parte. hoc eſt, non aduerſus

ſingulos in ſolidum , quamuis commune periculum fuerit. Nihil,inquam,hoc ſuperiori diſputationi aduerſatur: propterea quòd commodator non ſingulorum commodatariorum fidem in ſolidum ſecutus erat , ſed amborum ſimul,qui coniunctim illorum in ſe vaſorum periculum receperant. Quæ cùm ita ſint,ſatis iam patere arbitror,mendum eſſe in illo huius legis loco,PRO PARTE QVIDEM EFFECTV ME VSVM HABERE : legendúmque PRO PARTE QVADAM EVECTVS. vt euectum dixerit Celſus pro Euectione,ſiue Vectura.ſicuti Plin.lib.18.c.5. Cato ſpectari iubet,vt operariorum copia prope ſit, oppidúmque validum : vt nauigiorum euectus ſit vel itinerum : id eſt,vt facilis vectura ſit per flumina in nauigio , vel itinerum per vias publicas in plauſtris. Nam ad illa Catonis verba reſpexit, Oppidum validum prope ſit, aut mare,aut amnis,qua naues ambulant,aut via bona celebriſque. Varro lib.1. c.16. Eundem fundum fructuoſiorem faciunt vecturæ , ſi viæ ſint , qua plauſtra agi facilè poſſint : aut flumina propinqua,qua nauigari poſſit.quib. vtriſque rebus euehi atque inuehi ad multa prædia ſcimus.Huius autem emendationis noſtræ prima ratio eſt: quoniam vox QVIDEM nihil habet neque quò referatur, neque quò pertineat, neque cui reſpondeat.deinde cùm dicimus EFFECTV vel IN EFFECTV,ſemper ei opponere ex aduerſo ſolemus , NOMINE , vel VOCABVLO , vt in l.1. §.qui minorem,D.vt legat.nom.cau. Nomen quidem heredis apud eum maneat : verumtamen effe-

ctu

ctu minus habeant hereditatis.& l.si habitatio, 10. D.de vsu & habit. Habitatio & vsus ædium nomine differunt, effectu pene idem sunt. Sic heres & fideicommissarius nomine differre dicuntur, effectu idem esse. l.5.§.1.D.quod cum eo qui in alien. sed exemplorum plena sunt omnia. Atqui dubitari non potest, an is de quo Celsus disputat, nomine tantùm vehiculi vsum habeat in solidum. quia si locator hoc verbo vsus fuisset, LOCO VOBIS DVOBVS IN SOLIDVM, præcisa omnis dubitandi caussa fuisset. pro certo enim & in solidum vterque obligatus, & non commune periculum pro partib. indiuisis fuisset, sed cuiusque proprium. d.l.cùm apparebit, 47.D.locat.

## QVÆSTIO XX.

*Vsusfructus vtrum diuiduus sit, an, vt cæteræ seruitutes omnes, indiuiduus.*

ABsurda quæstio videtur, cùm tam multis locis ita dilucidè ac disertè diuiduus esse dicatur, vt huic quæstioni locus propè relictus videatur nullus. Primùm in l.5. D.de vsufruct. vbi vsusfructus & ab initio, & ex pòst facto, pro parte vel indiuisa vel diuisa constitui posse dicitur. quod idem traditur in l.1. §.si vsusf. D.ad leg. Falcid. vsumfruct. diuidi, non sicut ceteras seruitutes indiuiduum esse. Secundò, quòd si vsusfruct. duob. legatus sit, ipso iure ad singulos pertinet: id est, singuli non nisi suam partem petent. l.sed vsusfruct. 81. D.ad leg. Falcid. & l.si

fortè, 6. §. si ædes, D. si seru. vind. vbi seruitutum nomine singuli seruitutis domini in solidum agere dicuntur, vno excepto vsufructu: & si promissor defunctus sit, in partes hereditarias vsusfruct. obligatio diuiditur: id est, non nisi partes singulæ à singulis petuntur. dicta l. 5. de vsufruct. Tertiò, quòd sicut pro parte acquiri vsusfructus potest, ita pro parte vel amitti, vel remitti potest. l. excepta, 14. & l. placet, 25. D. quib. modis vsusfruct. amit. l. cui vsusfruct. 30. D. de vsufruct. leg. l. & per iusiurandum, 13. §. 1. de acceptil. quinetiam pars eius apud fructuarium manere potest: cùm altera pars ad proprietatem redierit. l. 3. §. penultim. D. quib. modis vsusfruct. amitt. Quartò, quòd ob vsumfructum duobus relictum, iudiciis diuisoriis agitur: inter coheredes, familiæ erciscundæ: inter alios, communi diuidundo. l. & puto, 16. D. fam. erciſc. l. communi, 7. §. cùm de vsufruct. D. commun. diuid. Quintò, quòd eæ demum res indiuiduæ dicuntur, quarum vsus pro parte nullus est: quarum separatæ partes nullum commodum prȩstant: veluti viȩ, vel itineris. l. viȩ, 17. D. de seruit. vel instrumenti rustici. l. quæsitum, 12. §. siquis eodem, D. de instr. vel inst. leg. Vsus autem fructuum (veluti frugum) ex parte commodè percipitur. Quare vsusfruct. non indiuiduus, sed diuiduus est. Quantum autem ad ius accrescendi pertinet, nihil argumenti ex eo ductum valeret: propterea quòd passim traditur, Ius accrescendi in reb. perspicuè diuiduis locum habere, quinetiam iuri accrescendi non
nisi

nisi inter eos locus est, qui ab initio solidum habent. nam si partes factæ ab initio fuissent, locus iuri accrescendi non esset. l. 3. D. de vsufruct.accresc. Contrà tamen vehementissimè multa pugnant. Primùm Regula philosophorum (quorum de diuiduo vel indiuiduo disputationes maximè propriæ sunt) Omne incorporeum indiuiduum est, auctore Aristot. lib. 3. de animo. qua de caussa animum dicunt esse totum in corpore toto, & in qualibet parte totum. facit l.arbor,19.§.2. D.commun.diuid.vbi lex ait nullam communionem iuris separatim intelligi posse. Et hanc physicorum Regulam sequuntur Doctores quamplurimi: vbi rationem de seruitutum indiuiduitate exquirunt. Cùm igitur omne incorporeũ sit indiuiduum, vsusfruct.autem res incorporea sit,l.1.in fin.de rer.diu. l.2.D.de vsufruct. necessaria conclusio sequitur,vsumfruct. esse indiuiduum:hoc est,eiusdem naturæ, cuius sunt ceteræ seruitutes omnes, tum reales, tum personales. & quoniam vnum omnium genus est,vnam quoque omnium naturam esse. Secundum argumentum est, quod ex eorundem philosophorum regula traditur,Quicquid est totum,cùm in partes diuiditur,interit:vt arbor diuisa, arbor esse desinit: & aratrum diuisum, aratrum esse desinit. d.l. quęritur,de inst.vel inst.Vsusfr.autem est quid totum l.Mæuius,66.§.pen.D.de leg.2.l.vsusf.7. in pr.l.item si,9. in pr. D.de vsuf. vbi definitur omne rei emolumentum,omnis rei fructus vsquequaque, quicquid inde nascitur, quicquid

inde percipi poteſt. Ex quo neceſſariò conficitur, vſumf. natûra ſui eſſe indiuiduum: neque diuidi ſine certiſſimo ac præſentiſſimo ſui interitu poſſe. Tertium argumentum eſt, quòd diuiſionis efficientia hæc eſt, vt ex vna re plures fiant. Itaq; vbi vſusf. inter duos communis per agri regiones diuiditur, plures vſusf. fiũt. l. communi, 7. §. cùm de vſuf. D. commun. diuid. Vnius autem rei plures vſusfr. eſſe non poſſunt l. duos, 14. D. de vſuf. leg. Ex quo neceſſariò concluditur, vſumf. eſſe indiuiduum. Quartum argumentum eſt, quòd cùm vſusf. facto & iure conſtet: l. vn. in pr. D. quand. di. vſusfr. leg. ced. ſiue Factum in eo, id eſt perceptio fructuum conſideretur, ſatis conſtat omnia facta eſſe indiuidua. l. ſi is qui, 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. ſiue Ius, iam antè dictum eſt, duos vnius rei vſusf. eſſe non poſſe: non magis quàm duas æſtimationes. l. quod ſi nolit, 3. §. ſiquis egerit, 14. D. de ædil. edict. l. quia dicitur, 32. D. de euict. l. 2. §. ſi indemnitas. D. de admin. rer. ad ciuit. Quintum eſt, quòd dominium rei ex parte intelligi non poteſt. Vt ſcilicet alicuius ſit pro parte, pro parte autem nullius. l. 3. D. pro derelict. Vſusfructus autem dominij ſpecies eſt. l. in venditionem, 8. D. de reb. auct. iud. poſſid. Quare etſi vſusfr. communionem recipit, non recipit tamen diuiſionem, neq; poteſt quis parte fundi vti frui, parte nec vti nec frui. Item libertinitas, l. alieno, 31. §. 1. de fideic. lib. Item ſeruitus, quæ homini ab homine debetur l. ſi pariter, 7. de lib. cauſ. l. 1. §. communis, de ſtip. ſeru. Sextum

tum eſt, quòd nemo vnquam dubitauit, vſum eſſe indiuiduum, propter l.vſusf.19. D.de vſ.& hab.vbi Paulus ait, vſus partem legari non poſſe. Atqui vſus nihil aliud eſt, quàm vſusf.exiguus: ſiue fructus ad modum neceſſitatis vſuarij redactus. l.ſi alij,42.D.de vſuf. Nam vbi vſus dicitur eſſe pars vſusfruct. (vt l. qui vſumf. 58.de verb.oblig.l.& per iuſiurandum,13.§.3.de accept.) conſtat hoc intelligendum de parte homogenea, ſiue cognata: vt lapidis pars omnis, lapis dicitur: & fundi, fundus.l.planè.34.§. vltim.D.de leg.1. Quare ſicut vſus ſua natura indiuiduus eſt, ſic etiam vſusfr. neque plus & minus cadunt in ſubſtantiam: vt notum eſt ómnib. ex Categ. Ariſt. c.de ſubſt. & ex l.vltim. D.de inſtr.vel inſt. Neq; obſtat quintum argumentum pro parte indiuiduorum: vt à poſtremo primùm ordiar,& hinc confutandi initium naſcatur: quia ſubiectum quo vſusfruct. conſtat, id eſt fructus diuidui ſunt, iccirco vſumf. eſſe diuiduum: quæ eſt doctiſſimorum ætatis noſtræ Iuriſconſultorum ratio, in dicta l. prima, §. ſi vſusf. D. Ad leg. Falc. quaſi verò vſus non æquè vt vſusf.in fructib.cõſiſtat,& quemadmodum iiſdem modis & conſtituitur, & amittitur, quib.vſusf.non etiam iiſdem in rebus conſiſtat. Quinetiam iſta ratione veriſſimè aliud paradoxon inducetur. quia ſubiectum vſus diuiduum eſſe poteſt, atq; adeò plerunque diuiduum eſt, iccirco vſum eſſe diuiduum. Cuius rei primum argumentum extat in l.4. in pr. & l.pen.§.1. D.de vſ.& hab.vbi legatus propo-

nitur vſus ſpatioſæ domus legatario ita tenui & anguſto, vt Titius domus vſum occupare non poſſit. nam modò parte vna domus, modò altera vti poterit: ex quo conſequitur, ſpatioſæ domus vſum non modò pro parte legari vni poſſe, verumetiam duob. legari poſſe. quòd multò magis dicendum eſt quàm de habitatione. De qua tamen dubitari non poteſt, propter l. illi cum illo, 40. D. de vſuf. leg. Secũdum argumentum eſt, quòd cùm vni vſus, alteri fructus legatus eſt, non modò fructuarius habet quod vſuario ſupereſt, verùm etiam in vſu concurrit: id eſt, partem vſus habet. l. ſi alij, 42. D. de vſuf. l. per ſeruum, 14. §. vſu legato, D. de vſu & hab. & apud Paulum lib. Sent. 3. tit. 6. §. ſi alteri vſus. Tertium eſt, quòd non pauci caſus reperiuntur, quibus vſusf. & vſus idem ſunt: hoc eſt, vt neque plus illo quàm hoc, neque minus hoc quàm illo contineatur: veluti ſi pecuniæ vſus conſtituatur. l. 5. §. pen, & l. quoniam, 10. D. de vſuf. ear. rer. Item, ſi modicus vſusf. alimentorum vice ſit relictus. l. cùm hi, 8. §. ſi in annos, D. de tranſact. aut ſi tam exile prædium ſit, vt ex fructib. nihil præterquam quod ad ſubleuandam vnius hominis neceſſitatem ſatis eſt redigi poſſit. l. fundi, 15. D. de vſu & hab. Item, ſi vſus ſyluæ conſtituatur. l. pen. D. eod. Quartum eſt, quòd vſus rei corporalis plurib. conſtitutus, pro indiuiſio inſolidum cuiuſq; eſt. l. 5. §. vlt. D. de commod. vbi præclara exempla proponuntur vſus balnei, porticus, nauigij: quibus rebus nihilominus vnus vtitur, quamuis eodem alter vtatur qua de

cauſſa

caussa vsus earum rerum vniuscuiusq; est in solidum : sed tamen pro indiuiso, ac proinde pro parte. Quæ cùm ita sint, perspicuum est, non modò vsumf. sua natura esse indiuiduum : verumetiam (quod æquè nouum est) vsum effectu plerunque diuiduum appellari. Quare videndum est, quemadmodum hæc quæ pugnantia videntur conciliari possint. Primùm igitur intelligendum est, neque pars iuris, neq; ius partis dici possit: vt neque libertas aut manumissio partis, neque pars manumissionis dici potest: l. cum duob. 13. C. de inoff. test. l. pariter, 9. l. duob. 30. de li. causs. l. alieno, 31. §. 1. de fideicomm. libert. tamen interdum dici ius partis, non partem iuris. nam dominium partis dicitur passim siue certæ siue incertæ. id est, siue pro diuiso, siue pro indiuiso. At pars dominij vt res pro parte sit alicuius, pro parte nullius, non dicitur dicta l. tertia, D. pro dereli. habitatio partis dicitur in l. illi cum illo, 40. de vsuf. leg. pars habitationis non dicitur, non magis quàm vsus. l. vsus, 19. de vs. & hab. Instrumentum partis agrorum dicitur : pars instrumenti non dicitur, l. quæsitum, 12. §. quis eodem, D. de instr. vel inst. leg. Forma & opus effectum partis dicitur: pars formę aut operis non dicitur. l. tales, 12. D. de cond. & dem. l. si is qui, 80. §. 1. ad leg. Falcid. l. fideicommissa, 11. §. pen. de leg. 3. Eodem igitur modo verè propriéque dicitur vsusf. partis fundi aut ædium : pars vsusfr. verè propriéque dici non potest : & si quando dicitur, impropriè & per fictionem atque abusiuè dicitur. Secunda

superiorum argumentorum solutio hæc est, quòd vsusf. per se ac sua natura indiuiduus est, vt ceteræ seruitutes omnes & iura. dicta l. arbor,19.§.2.D.com.diuid.per accidens autem & propter vsum vitæ communis,diuiduus est.denique subtilitate indiuiduus est, vtilitate diuiduus: cuius rei exempla sunt in iure nostro innumerabilia. Primùm in speciebus,veluti Sticho, vel Pamphilo. nam etsi Pamphilus natura sua indiuiduus est (qua de caussa indiuiduum ab Aristotele & Peripateticis appellari solet) tamen propter communem vtilitatem & vsum vitæ diuiduitatem ac partitionem recipere dicitur: partium scilicet intellectarum, siue pro indiuiso.l.5. D.de stip.seru.l.1. §.communis.D. eo. l.Mæuius,66.§.duorum.de le.2. vbi pro NEQVE sine dubio legendum est NANQVE.quod etiam Holoander & Alciatus iampridem animaduerterunt.Sic Cautio damni infecti ex parte vitiosarum ædium diuidua est:ex parte damnum metuentis, indiuidua. l. plures. 27. D. de damn.inf.Item opus ex quo damnum infectum timetur, indiuiduum est: tamen pro parte tantum cauetur. l.supra iter.11.§.3. de aq.& aq.plu. Res iudicata natura indiuidua est.l.in hoc iudicio,29. D.fam. ercis. tamen in plures lata diuidua est.l.siquis separatim,10.§.2.de appell. Ex contrario quędam natura diuidua sunt,sed propter communem vtilitatem, indiuidua: veluti ager vectigalis, & præstatio vectigalis. l.communi.7.D. commun.diuid. Item iugum mularum vno pretio venditum, si de redhibitione
agat

agatur.l. ædiles,38.§.si fortè 8. D.de ædil.edict. Item mortis caussa capio. l. qui duob. 23. D.de cond.& demonst.Item plures res datæ pignori. l.qui pignori.19.D.de pign. Item pretium emptionis,cùm plures emptoris heredes sunt.l.fistulas,78.§.qui fundum,D.de cont.empt.Similiter vsus natura interdum violatur,vt ex vsu vsusf.fiat:quia hoc (inquitPaulus) propter necessitatem fit. l.item quamuis,10.§.1. D.comm.diuid. Sic vestibulum commune binarum ædium quamuis natura diuiduum sit, vt quilibet fundus, tamen interdum propter necessitatem est indiuiduum.d.l. arbor, 19.§.1.D.eo. Quid verbis opus est? constat inter omnes, nihil magis indiuiduum toto iure nostro censeri,quàm seruitutes prædiales. Et tamen videmus eas per accidens,hoc est propter vtilitatem,fieri diuiduas. & modò mensura, modò temporibus diuidi.l.arbor.19.in fin.D.comm.diuid.l.via,5.§.1. D.de seruit. Nam si certa itineri vel viæ regio definita sit, sola illa serua est: ceteræ omnes liberæ. l.certo,13. §.1. D.de seruit.rusti. l.si cui,9. D.de seruit.atque ita quæ natura indiuidua erat seruitus,eadem per accidens fit diuidua.Et hoc est quod dicitur, Modum imponi seruitutibus posse.l.4.§.1. D.de seru. nimirum propter contrahentium vtilitatem: vt modò dictum est. Itaque Accursius in l.si cum duorum, 32. D. de stipul.ser. Vsusfructus,inquit,diuidi non potest. quamuis fructuum percipiendorum diuidatur vtilitas vtili iudicio communi diuidũdo, secundum R. Et paulo pòst, Est enim vsusfru-

ctus,ius vtendi. & ita quoddam ſimplex indiuiſibile:licet vtilitas percipiendi diuidatur. Hæc ille. Ex quibus ita diſputatis concludi poteſt, nihil eſſe abſurdi,ſi vſusf.qui ſua natura indiuiduus eſt, per accidens, & propter facilem fructuum diuiſionem fictione dicatur diuiduus: cùm etiam in vſu & ſeruitutibus prædialibus, de quarum indiuiduitate dubitari non poteſt,idem interdum accidere ſoleat.

## QVÆSTIO XXI.

*Hereditas vtrum diuidua, an indiuidua ſit.*

DIuidua videtur hereditas, multis de cauſis. Primùm, quia paſſim in libris noſtris traditur,hereditatem diuidi in XII.vncias, quæ aſſis appellatione continentur. l.interdum,13.§.1. & l.ſeruum, 50. §.vlt. D.de hered. inſt. §. & vnum,5.Inſt.ill.tit. Secundum argumentum eſt, quòd lege XII. tab. inter coheredes volentes à communione diſcedere, iudicium diuiſorium conſtitutum eſt, quod Familiæ erciſcundæ appellatur.l.1.& paſſ. D.famil.erciſcun. Tertium, quòd eadem lege conſtitutum eſt, vt nomina defuncti,ſiue ſuum, ſiue alienum æs eſſet, inter heredes pro cuiuſque parte diuiſa ſint. l.vlt. C. de act.her.l.6.C.fam.erciſ.l.heredes.25. §.idem iuris,D.eod. Quartum,quòd Vlpianus ſcribit in l.quoties,9.§.heredes,D.de her.inſtit.heredes iuris ſucceſſores eſſe:& ſi plures inſtituãtur, diuidi à teſtatore inter eos ius oportere quod ſi non fiat,omnes æqualiter heredes eſſe.vbi apert

pertissimè scribitur, ius à testatore diuidi. Quintum est, quòd in iure nostro ea dicuntur diuidua, quorum vsus diuisus est. l. viæ, 17. de seruit. id est, quorum partis vsus nullus est, vt fons, vel puteus diuiduus est. l. 4. D. comm. diuid. Aratrum indiuiduum est, quia partis eius vsus est nullus. l. quæsitum, 12. §. si quis eodem, D. de inst. vel instrum. leg. Cùm igitur singulæ partes hereditatis vtiles sint, consequitur, hereditatem esse diuiduam. Ex cōtraria verò parte pugnant, primùm argumenta superiore proxima quæstione proposita. Eam quantum ad primum, hereditas est ius & res incorporalis. l. 1. De rer. diu. l. pecuniæ, 178. l. hereditatis appellatio, 119. D. de ver. sign. & absq; vllo corpore iuris intellectū habet. l. hereditas, 50. D. de pet. her. quantum ad secundum, hereditas definitur vniuersitas, siue successio in ius vniuersum alterius, l. bonorum, 208. l. nihil est, 24. D. de verb. sig. l. hereditas, 62. D. de reg. iur. l. cùm heres, 11. D. de diu. & temp. præscr. Itaque cùm heres sit successor vniuersalis, sequitur, vt hereditas diuidi non possit. l. quædam, 9, §. 1. de edend. Quantum ad tertium attinet, per diuisionē fieri plures hereditates non possunt. nam vnius hominis duæ non intelliguntur hereditates. l. iurisperitos, 30. §. 1. D. de excusat. l. quod contra, 141. §. 1. De reg. iur. veluti testamentaria, in instituto: & legitima, in suo vel agnato. nam iure ciuili nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedit. l. 7. de reg. iur. Et huc pertinet formula antiqui iuris, vt in testamentis per æs & libram vnicus fami-

liæ emptor adhiberetur. §. 1. De teſt. ord. & apud Vlp.in Regul.& Caium in Inſt. Quantum ad quartum, ſatis conſtat hereditatem eſſe ſpeciem dominij. Itaque dominium appellatur in l.2. §.vlt. D.de bon.poſſ. ſec. tabu. heres enim nihil aliud eſt, quàm dominus. §.vlt. de hered. qual.& diff.l.1.in princ.D.de ſucceſſ.edict. Vt igitur dominium diuiſionem non recipit,l.3.D. pro derel.ita hereditas. nam qui totam hereditatem acquirere poteſt, is pro parte eam ſcindendo adire non poteſt.l.1. D.de acq.hered. & inſtitutus in re certa, vel ex certa aſſis parte, in vniuerſum aſſem inſtitutus intelligitur. l. 1. §.ſi ex fundo,& l.ex facto,35. D.de her.inſt.l.interdum,13. §.1. D.eod.§. & vnum,5.Inſt.eo. & qui partem hereditatis adit, totam hereditatem adire intelligitur. l.quidam, 20. C.de iur. delib. Quintum inducitur ex eo,quòd heres dicitur is qui in defuncti locum ſuccedit.l.ſi is qui,34.D. de iud. Succedere autem eſt factum,ac proinde indiuiduum. l.is qui,80.§.vltim. D.ad leg.Falc. Sextum argumentum ſuppeditat l. 1. §. 2. D. ſi pars hered. pet. & l.Pomponius,8. de rei vind. vbi Vlp.ait,hereditatis poſſeſſionem indiuiſam eſſe.neq; enim hereditatem pro diuiſo à pluribus poſſideri poſſe: adeò vt coheres quamuis ſuam tantùm partem poſſideat, cùm extraneus alteram teneat, tamen coheredi ſuo ſubtili ratione petitione hereditatis teneatur. Quinetiam adeò indiuiduam hereditatem eſſe, vt ſi très ſint, quorum ſinguli trientem poſſideant, is ad quem ſemis pertinet, ſingulos cogat ſextant

tantem reddere: vt ipse quoque postea sextantem de suo triente restituat. §.item si, eadem l. Primùm igitur intelligendum est, hereditatem dupliciter vsurpari. propriè, pro iure, quod incorporale est: impropriè verò & abusiuè, pro rebus hereditariis. Nam propriè ius ipsum successionis demonstrat, non res singulares. l.bonorum, 208. De ver. sig. l.3. D.de bonor. poss. Impropriè verò Cicero in Top. hereditatem definit, pecuniam quæ morte alicuius ad alterum peruenit. Nam aliud est hereditas, aliud res quæ per eam acquiruntur. §.2. Inst.de reb.corp. & incorpor. Neque satis consideratè Seneca scribit de benef.6. Iurisconsultorum argutas esse ineptias qui hereditatem negant vsucapi posse, sed ea quæ in hereditate sunt. Nam cùm hereditas sit incorporalis, cadere in illam vsucapio non potest. l. seruitutes 14. D.de seruit. Itaque venditor hereditatis euictionem non præstat. l. 2. D.de her. vend. quia vendit, non quod certè est, sed quod fortasse est: vt si fortè nihil sit, nihil vendat: si denique plus damni sit quàm lucri, id vẽdat. l.hereditatis, 119. De verb. sig. Et eadem de caussa possessoria hereditatis petitio etiam in eum qui rem nullam possidet, sed ius tantùm quasi possidet, cõceditur. veluti in debitorem hereditarium. l.regulariter, 9. D. de hered. pet. Secundò intelligendum est, Totum vniuersitatis hereditariæ dupliciter considerari. Primùm, vt totum integrale: deinde vt vniuersale, id est, ὅλον καὶ καθόλου, vt præclarè docet Aristot. Metaphys. 4.à cap. ὅλον λέγεται, &c.

Nam locum aſcribere nimis longum videretur. Illud corporale eſt quod tribus corporum generibus conſtat, quorum inſignis eſt deſcriptio in vul.l.rerum mixtura,30.D.de vſurp.HOC incorporeum eſt, & iure conſtat:atque vniuerſitas iuris ſine corporis intellectu appellatur. l. hereditas,50. de her.inſt. Cùm autem neque corporalis res, incorporalis pars dici poſſit, neque viciſſim hæc illius, præclara & ad vſum vitæ & ad oblectationem animi doctrina colligitur, vt nulla res hereditaria pars ſit hereditatis. l.quamuis,14. D.ſiq.omiſſ.cauſ.teſt. adeo vt nec legatum pars hereditatis ſit: l. qui fundum, 87. §.3. Ad leg.Falc. non magis quàm res peculiaris, pars eſt peculij, l.4. §.ſit ære, D.de pecu.& res dotalis,pars dotis. l.1.in fi.princ.D. de dot.releg. l.quod dicitur,5. D.de impenſ.in res dotal. Eiúſque rei euidens argumentum eſt in ſeruitutibus, quæ cùm natura ſua indiuiduæ ſint,quantũuis multi heredes ſcribantur,quantumuis multæ hereditatis partes fiant, tamen non diuiduntur, ſed inſolidum tum omnibus, tum ab omnibus debentur, vulg.l.2. cum ſimil. D.de verb.obl.Quæ cùm ita ſe habeant,ſecundum vtranque hanc diſtinctionem concludendum eſt: cùm hereditas propriè veréque vſurpatur,hoc eſt pro toto vniuerſali, ſiue pro iure vniuerſitatis,eam eſſe indiuiduam.Cùm autem impropriè pro rebus hereditariis vſurpatur, & pro toto integrali,tum appellari diuiduam. Vnde ſolutio contrariorum argumentorum omnium perfacilè intelligitur. Nam quantum ad

prim

primum, constat partes assis non dici nisi rerum hereditariarum. Quantum ad secundum, nemo nescit Familiæ verbum in lege XII. tab. pro bonis & rebus hereditariis vsurpari. l. pronuntiatio, 195. §. 1. De verb. sig. ac propterea familiæ erciscundæ iudicium dici, quia iudex familiæ erciscundæ non hereditatem diuidit, sed res hereditarias. Tertium autem argumentum eiusmodi est, vt retorqueri in contrariam partem possit. nam ex eo ipso quod lex XII. tab. hanc hereditatem rerum partem diuisam esse voluit, colligitur & eam sua sponte ac natura indiuiduam fuisse, & reliquas de quibus lex nihil cauit, indiuiduas esse. arg. vulg. l. prætor, 10. D. de iudi. Eiúsque rei exemplum est in l. adeò, 7. §. in suo, D. de acq. rer. dom. vbi tigni iniuncti dominium, quod translatum non fuerat, vindicari iure ordinario poterat. sed propter legem XII. tab. & ius extraordinarium vtilitatis publicæ caussa ab illa inductum; vindicari prohibetur. l. 1. D. de tig. iniunct. l. 6. D. ad exh. l. in rem actio, 23. §. tignum, De rei vind. Sic cùm hereditaria nomina indiuidua natura esse vtilitatis publicæ caussa, lege XII. tab. sancitum est, vt ipso iure ac sine fam. ercisc. iudicio pro partibus hereditariis diuiderentur. Quantum ad quartam obiectionem, satis constat, omnes coheredes vsque ad familiæ erciscundæ iudicium in communione manere. l. non possumus, 7. D. si pars her. pet. & l. 1. D. fam. erc. Repugnant autem, partes hereditatis diuisas à testatore fuisse, & post eius mortem cōmunionem manere. Nam

quæ iuris communio separatim inter plures intelligi potest? ait Paulus in l.arbor, 19. §. 2. D. commun.diu. Necesse est igitur, cùm dicimus hereditatem & ius à testatore inter coheredes diuidi, significari partes pro indiuiso. quod apertè ostendit textus d.l.non possumus, vbi effectus petitionis hereditatis esse dicitur, vt hereditatis partes pro indiuiso possideantur. Postremum autem argumentum à parte ad totum integrale, ad res hereditarias pertinet: cuius solutionem superius exposuimus. Ex quibus perspicuum est, hereditatem ex eorum esse numerō, quæ communionem recipiunt, diuisionem non recipiunt.

---

## QVÆSTIO XXII.

*An debitor solutionis partem offerens, inuito creditore pro ea liberetur.*

DE hac quæstione pugnantia videntur statui à Iuliano & Modestino in l.quidam.21.D.si cert.pet.& l.tutor. 41. §.1.D.de vsur. Sed adhibenda trium temporum distinctio videtur. Primum mouendæ controuersiæ, quod est ante litis contestationem: hoc est, prius quàm in ius ad Prætorem adeatur. l. diuus. 5. & l.sed & si lege, 25. §. si ante litem. D. de petit.her.l.1.C.de lit. contest. Alterum in litis contestatione, quæ apud Prætorem in iure fiebat. vt d. §. si antè, & multis peruulgatis. postremum tempus est, cùm apud iudicem à Prętore datum caussa disceptatur, l.si reus, 73.D.de procur. l.Ædiles.25. §.item scien

ſciendum.D.de Ædil.edict. Ergo ſi ante litem conteſtatam cùm debitorem creditor appellat, partem debitor offerat, creditor autem recuſet, quamuis eam debitor obſignet, eius tamen partis vſuras non ſiſtit. Atque ita Modeſtini locum accipiendum arbitror, in d.l.tutor, de vſur. vnius enim obligationis vnam eandémque indiuiſam ſolutionem eſſe oportet: quò pertinet l.Iulianus.13. §.offerri. D.de act.empt. Bona autem vtriuſque gratia ſolutionem partis & ſortis debitam imminui, & eius vſuras ſiſti, conſtat ex l.ſtipulatus ſum.9.§.1.De ſolut. Qui decem debet, inquit, partem ſoluendo, in parte obligationis liberatur: & reliqua quinque ſola in obligatione remanent. Vbi autem ad Prætorem ventum eſt, tum ſi iuſta cauſſa Prætori videbitur, pro iure Imperij & magiſtratus poterit iubere creditorem oblatam partem accipere, & pro ea parte litem imminuere. veluti ſi debitor partem ſe debere fateatur, partem inficietur. quò pertinet dicta l. quidam. D. ſi cert. pet. cui iungenda eſt l. permittendum. 8. D. ſi pars her.pet. Nam etſi quod Iulianus ait, officium Prætoris eſſe, lites diminuere, pinguius intelligi ſic poteſt, quaſi pars de ſorte & ſortis vſura detracta ſit: & creditor de reliquo tantùm litigare cogatur: tamen vetus verbum eſſe animaduerto, Lites diminuere, pro diſceptare, & dirimere. vt in l. 2. D. de aq. & aq. plu. & apud Cęſarem lib.5. Habere ſeſe quę de re communi dicere vellent, quibus controuerſias minui poſſe ſperarent. Et lib.6. In pace nullus

communis eſt magiſtratus: ſed Principes regionum atque pagorum inter ſuos ius dicunt, controuerſiáſque minuunt. Item apud Cic.Acad.2. Sed vt minuam controuerſiam, videte quæſo,&c. Quod ſi creditor recuſet, nihilominusPrętor eum cõpellet:quia iudicium nonniſi in reliquam partem dictabit. Eiúſque imperij exemplum eſt in l.ſi cuius,13. §. ſed ſi, D.de vſuf.l.3.§.3. D.de ſuſp.tut.l.3.§.3. D.de Carbon. edict. l.item quamuis. 10. §.1. D.comm. diuid. Cùm autem ad Iudicem res deuenit,quia Iudex priuatus ac ſine Imperio eſt, neque quicquam, niſi quod ſui iudicij eſt, ſtatuere poteſt, & in ſtricti iuris iudiciis ad ſummam à Prętore præſcriptam aſtrictus eſt: tum verò non dubium eſt, quin nulla ipſius in creditoris iure deminuendo poteſtas ſit. l. vt fundus, 18. D. comm. diu.d.l.ædiles,De ædil.edict.& l.pen.D.de con feſſ. Et huc pertinet l.lecta,40. D.ſi cert. pet. cuius hæc ſententia eſt, Pactum de ſorte per partes ſoluenda ſtatim poſt ſortis & vſurarum ſtipulationem adiectum, in ſtipulationem difſuſum eſt: & vſurarum obligationem pro rata penſionum diuidit. Cauſſæ autem conſtitutio hæc eſt. P. Mæuius credidit Titio centum aureos,ſtipulatus eſt eos ſibi Kal. proximis reddi, & niſi reddantur, vſuram centeſimam, id eſt, vnum menſtruum aureum in centenos. Pòſt cõuenit inter illos, vt ſortem particulatim ſoluere liceret.Primę Kal.ſine ſolutione abierunt. Mæuius integræ ſortis vſuram petit. Titius ſolius primæ penſionis non ſolutæ vſuram offert, quaſi

quasi pactum stipulationi cõtinenter adiectum per omnes eius partes diffundatur, eámque vniuersam immutet, atq; actionem informet. Paulus respondit, pactum de sorte per partes soluenda, ad vtranque stipulationis partem, hoc est, sortis & vsurarum pertinere. Et quamuis vsuræ pecuniæ creditæ deberi ex pacto etiam stipulationi continenter adiecto non possint, l. Titius, 24. D. de præsc. verb. l. si tibi, 17. D. de pact. l. 3, C. de vsur. tamen hoc casu vsuras non ex pacto, sed ex stipulatione per pactum renouata & reformata deberi. deinde quia vsurę pecuniæ creditæ non ipso iure, sed ex mora tantùm debentur, l. 1. & l. 3. C. de vsur. Ex quo intelligitur, pacta continenter adiecta stipulationibus, vim ex iis, quasi in ipsas insita, ad pariendam actionem assumere. l. petens. 27. C. de pact. ac proinde pacta incontinenti apposita æquè inesse stipulationibus, vt bonæ fidei contractibus. l. 7. §. 1. De pact. l. in bonæ, 13. C. eod. Patet igitur, casum illum esse vnum, quo creditore inuito pars obligationis soluitur: cùm scilicet obligatio pactione diuisa est. Alter adiungi casus potest, cùm obligatio lege diuisa est: velut inter coheredes, l. cetera, D. fam. erc. l. 1. C. si cert. pet. l. 2. §. primo, De verb. oblig. Tertius est, cùm creditor consentit, & partis solutionem acceptam habet. l. 9. §. 1. D. de solut.

## QVÆSTIO XXIII.

*An de crimine pacisci, aut transigere liceat.*

PErplexa disputatio est, & quæ tractari dilucidè, nisi subtili distinctione adhibita, non potest. Nam octo species sunt, quarum de singulis, singulæ ferè sententiæ proponendæ sunt. Primùm enim aut de crimine capitali pactio fit, aut de non capitali. l. trāsigere, 18. C. de transact. Secundò vel in actoris, vel in rei persona pactio consideranda est. Tertiò vel ante iudicium, vel post iudicium constitutum pactio fit, l. 1. §. 2. D. de calum. Postremò vel pactum fit, vel transactio: id est, conuentio fit vel de re certa, & gratis: vel de re ambigua, & aliquo dato aut remisso. l. 1. D. de transf, l. transactio. 38. Cod. eod. Prima igitur enuntiatio hæc esto, Actor de crimine capitali ante constitutum iudicium impunè paciscitur, at non impunè transigit. Actorem autem abusiuè appello, non reipsa sed vi ac potestate, pro eo qui crimen comperit, & actor esse potest, vt ei qui crimen commisit opponatur. Eius autem sententiæ testimonium est in l. 2. D. de concuss. vbi qui ob non accusandum pecuniam accepit, concussionis tenetur. & l. qui accusare. 8. D. de accus. vbi qui ob non accusandum pecuniam accepit, quasi turpem quæstum fecerit, ab accusatione remouetur. eodémque pertinet l. siquidem, 9. C. de contrah. stipul. Atque hæc quidem de transactione. De pacto verò, generalis regula est, neminem prohiberi gra

tis

tis suam iniuriam remittere. l.mariti.29. §.ple-ctitur.D.de adult.l.qui cœtu.5.§.2.D.de vi pub. Seq.II. Reus de crimine capitali ante constitutum iudicium siue paciscatur,siue transigat,nihil agit. quoniam cuiuis alteri aduersario expositus est, cuiusuis alterius persecutioni patet atque obiectus est: cùm publica iudicia dici constet, quòd cuiuis de populo pateant. l.1.D. de pub.iud.&publica coercitio priuatorum pactione non tollatur.l.5.D.de pac.dot.Et hoc est quod traditur in l.iurisgentium,7.§.si paciscar, l.si vnus,27.§.pacta. D.de pact.de iis rebus quæ publicam læsionem attingunt,pacisci non licere. Item de incensis ædibus & de vi, quatenus publicam læsionem attingunt,pacisci non licere.Non enim pacisci iure vllo disertè ac nominatim prohibitum est: sed ea de re facta pactio nullius momenti est: quoniam de iis demum rebus negotium rectè gerimus, quæ in nostro cõmercio sunt. l.inter stipulãtem,83. §.sacram. D.de verb. obl. Seq.III. In crimine capitali actor post constitutum iudicium, neque pacisci, neque transigere impunè potest.Primùm,quia lædi Respublica per eiusmodi pactiones videtur, cùm eius intersit atrocia & capitalia crimina puniri,qua de caussa pactione accusationem deserit,in Turpilianum S.C.incidit.l.6. & l.cui senatusconsultum,15. D.ad S.C. Turp. l.2. & l. pen. C.eod. l. serui,23. C.de adult. cuius pœna est infamia,mulcta pecuniaria, & extraordinaria coercitio.l.2.C.eod.l.3.D.de præuar.l.1.& l. 2.C.vt int.cert.temp. Deinde,qui accusant,ca-

tet. Ac planè dubitandi caussam mihi iam sublatam animaduerto ex l.2.D.de cond.ob turp. causs.vbi Vlp.scribit,non ita pridem hoc ab illo suo Imperatore constitutum fuisse, vt qui pecuniam dedisset, litem perderet. quod summopere notandum est. Constitutionis autem æquitas hæc fuit, quia fateri crimen videtur, qui pecunia cum accusatore paciscitur. l. 5. D. de his qui not.infam.Seq.v. In criminibus non capitalibus, actori tum ante, tum post constitutum iudicium,& pacisci, & transigere impunè licet.dicta l.iurisgentium,7. §.si paciscar,l.si vnus,27.§.pacta.D.de pact.Itémque in l.prima, D.de calum.vbi Vlp.ait,non esse transactionib. interdictum, sed sordidis concussionibus. quò pertinet l.nec timorem,7. §.1. & l.seq. D.quod met. causs.l.auxilium,37.D.de minoribus. Neq; obstat quod Martianus ait, si quis ab accusatione citra abolitionem destiterit, punitur. l.1.§.4 D.ad Turpill. quia qui sua sponte desistit,tacitè se ipse calumniæ condemnat.qui transigit,& gratificari reo, & de re dubia litéque incerta pacisci intelligitur. Hîc illud notandum est, solum adulterij crimen excipi:de quo transigere non licet. l. de crimine, 10. C. de adult. quæ perspicuè de actore loquitur.nam olim capitale illud non fuisse, sed solam relegationis pœnam habuisse,multi eruditi iampridem docuerunt: partim ex argum. l.siquis viduam , D. de quæst. partim ex eo quod lex Iulia damnatas adulterij vxores duci, & testimonium dicere vetat.l.mariti,29. De adul. l.Claudius,13. D.de

his quæ vt ind.l.ex eo,18.D.de test.Primi Constans & Constantius capitis supplicium irrogarunt. l.quamuis,30. C.de adulter. iuncta l.4.C. TH.quor.app. non rec.De adulterio ergo pacisci quidem, id est gratis remitti licuit:transigere nō licuit.l.mariti,29.§.plectitur.l.si maritus, 15. §.si negauerint, D.de adulter. dicta l.de crimine,10. C.eod. l.iste quidem,8. D.quod met. causs.l.auxilium,37.in fin.D.de minor. Solùm autem adulterium excipi, argumento ex contrariis concludi licet:hoc modo,De adulterio, quod non capitale est, transigere non licet, Ergo de aliis non capitalibus licet. l. cùm prætor,12.D.de iud.dicta l.ex eo,18.D.de testibus. Eius autem exceptionis caussa perspicua est, quoniam actor de comperto adulterio transigens lenocinium admittere videtur. l. 2. §. 2. l. miles,11. §.socer,& l.is cuius,14. D.de adult.tametsi quod accepit, condici ab illo non possit: propterea quòd dantis & accipientis turpitudo versatur.l.4.D.de cond.ob turp.causs.Quę cùm ita se habeant,veterem meam coniecturam retineo, vt in dicta l. transigere, 18. C. de trans. particula NON alieno loco posita in priorem locum restituatur, & textus legis ad veteris iuris rationem aptissimè & conuenientissimè sic legatur, Transigere vel paciscí de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est.vt Rescriptum illud non ad reum, vt plerique existimarunt, sed ad actorem pertineat. in quo momentum omne positum est.Quod enim sequitur, si affirmatè legatur, & ad actorem referat

feratur, aptissimè cum tertio nostro superiore pronuntiato quadrabit: In aliis, inquit, publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam ingerunt, transigere non licet accusatori: propter eas causas quas superius exposuimus. Quod autem superest, CITRA FALSI ACCVSATIONEM, sic interpretor, quasi dictum esset, Sine falsi crimine: vel falsi accusationem subire velit. nam CITRA pro SINE, vsitatum esse, nemo nescit. vt l.1. C. si alien. res pign. l.1.§.1. De pign. l. falsus, 19. C. de furt. l.3. D. de vsur. Falsi enim tenetur is qui, vt verum non appareat, quid celauerit. l. instrumento, 16. D. de fals. Item qui ob non dicendum testimonium pecuniam acceperit. l. prima, D. eod. Quantum autem ad crimen falsi, primùm illud scire oportet, illud inter capitalia numerari: quoniam eius pœna plerunque mors est. l.1. l.5. C. ad leg. Corn. de fals. & apud Paul. Sent. 5. tit. 25. §.1. Quapropter ad Regulas de capitalibus superius positas illud redigendum est. neque enim huc pertinet l.2. C. de his qu. vt ind. Nam ibi transactio facta fuerat à Polla defuncta, de testamento nondum suspecto: post cuius mortem tutor pupilli nomine falsum illud dicere volebat. Nihilo magis aduersatur l. ipse, 7. C. de satisd. quæ de transactione quidem loquitur, sed non de instituta falsi accusatione: verùm de negotio principali, & lite pecuniaria, propter quam falsum quoddam instrumentum adhibitum fuerat. Magis vrget l. pen. in fin. C. de trans. Nisi fortè, inquit, de eo quod falsum dicitur, controuersia orta decisa sopiatur.

Sed facilis & expedita tum ad hanc, tum ad superiorem obiectionem solutio est: falsi agi posse, & criminaliter, & ciuiliter. l. de fide, 16. l. pen. & vlt. C. de fals. Si criminaliter actum est, superiores regulas sequendas esse: sin ciuiliter, eodem modo transactionem valere, vt in ceteris omnibus caussis pecuniariis. Superest vi, In crimine non capitali Reus siue ante, siue post constitutum iudicium transigat, infamia afficitur: pacisci autem & sine infamia potest. l. 1. l. 4. §. vlt. & l. 6. §. pactus. De his qui not. inf. l. non damnatos. 18. C. eod. vbi qui furti, rapinæ, iniuriarum, de dolo & fraude pecunia pactus est infamia notari dicitur: quippe, cùm intelligatur fateri crimen qui transigit. l. 5. D. eod. At qui gratis pactus est, infamia non notatur. d. §. pactus. & l. non damnatos. Neque obstat d. l. iurisg. 7. §. si paciscar, & d. l. si vnus, 29. §. pacta, D. de pactis. & l. post decisionem. 13. C. de fur. l. interdum. 59. §. vlt. D. eod. vbi dicitur de furto & iniuriis pacisci licere. hoc enim ad pœnam vitandam pertinet, quæ olim corporalis fuit: pòst verò pecuniaria Prætoris edicto facta est, vt in XII. tab. docuimus. atq; ita intelligenda est Pauli sententia, siue illius sit, siue non sit, quam nonnulli protulerunt. De criminibus propter infamiam nemo cum aduersario pacisci potest: id est, de criminibus reo pacisci non licet, nisi infamiam subire quàm pœnam malit. Hîc quęstio exoritur de crimine adulterij, An reo transigere liceat. de qua quæstione omnes, quos videre licuit, putant tractari in d. l. transigere. 18. C. de transf.

transſ. Sed iam antè ex poſteriore clauſula demonſtratum eſt, eam ad accuſatorem pertinere. Sicuti negari non poteſt, d.l.de crimine,C. de adulte. ad ipſum accuſatorem, non ad reum referendam eſſe. Quantum enim ad reum attinet, quomodo dubitari poteſt, nihilo magis licere de adulterio, quàm de minoribus delictis ſine infamia tranſigere? Quare ſiue mulier,ſiue vir adulterij accuſatus eſt, perabſurdum videtur,exiſtimare in d.l.tranſigere,crimen adulterij exceptum, ne accuſato de illo tranſigere liceat. Neque aduerſatur dicta l.de crimine,quæ ad accuſatorem, vt diximus, apertiſſimè pertinet. Quamuis enim legendum quidam putent, Par delictùm eſſe accuſatoris,præuaricatoris,& rei fugientis veritatis inquiſitionem:tamen neque vulgata lectio quicquam habet incommodi: vt accuſator qui per tranſactionem ab inquiſitione veritatis deſiſtit,æquè infamis ſit,æquè extrordinaria pœna teneatur,vt is qui præuaricatur.denique vt eadem pœna ſit tergiuerſationi, quæ præuaricatoris. l.2. C.ad Turp.l.2. D.de præuaric.quid verbis opus eſt?nam Baſilica perſpicuè REFVGIENTIS verbum retinent, & ad accuſatorem id referunt. Ἴσον ἔγκλημα τοῦ κατηγόρου τοῦ τε προδεδωκότος, καὶ τοῦ φεύγοντος τὴν τῆς ἀληθείας ζήτησιν.Par delictum eſt accuſatoris præuaricantis, & veritatis inquiſitionem refugientis. Deinde vt concedamus de reo fugiente locum accipiendum eſſe, tamen eodem reuoluemur. Par enim,quantum ad exiſtimationem, & rei fugientis,&accuſatoris tergiuerſan-

tis pœna eſt. Illud conſtat, quod is qui in adulterio deprehenſus eſt, redimendi ſui cauſſa dederit, non repeti: quoniam vtriuſque turpitudo verſata eſt: vt modò diximus ex l. 4. D. de cond. ob turp. cauſſ. Quæ cùm ita ſe habeant, facilè exiſtimari poteſt, quantum Grȩcis interpretibus ſit tribuendum, atque in his Conſtantino, qui legem, tranſigere. C. de tranſact. ita cõuerterat, Εἰς μὲν τὰ δι᾽ αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρείαν καλῶς διαλυόμεθα, ὑπ ἐξῃρημένου τοῦ τῆς μοιχείας ἐγκλήματος, ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι᾽ αἵματος τὴν τιμωρείαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος.

APPENDIX. Atque hæc quidem olim de interpretatione legis Tranſigere ſic ſcripſeram. ſed poſtea cognoui non omnibus hanc meam ſententiam placuiſſe. Sunt enim qui putent verba illa EXCEPTO ADVLTERIO neque Diocletiani, neque Triboniani eſſe, ſed ab imperito aliquo interprete adiecta fuiſſe. quorum mihi vel vnam hanc ob cauſſam probari ſententia non poteſt, quia non modò apud Harmenopulum totidem extat verbis, verùm etiam in Baſilic. lib. 2. tit. 2. c. 26. Quod verò ïdem vir in primis elegans & eruditus ſcribit, me non animaduertiſſe, exceptionem de regula eſſe oportere, adulterium autem quòd hic excipitur, fuiſſe Diocletiani ætate numerum criminum capitalium, ſanè mihi perdifficile intellectu eſt: cùm ob hanc vnam ipſam cauſſam ſuperius ſcripſerim, negationem inſequentis verſus in hunc primum reſtituendam eſſe. Quid verbis opus eſt?

Tradi

Tradi creditur initio legis hæc regula licere actori in crimine capitali sanguinis pœnam ferente & transigere & pacisci impunè. At eam ego sententiam falsam esse superius apertissimè docui. nam is qui pactione accusationem deserit, in Turpilliani pœnam incidit: hoc est, infamiam, multam pecuniariam, & extraordinariam coercitionem. l. 2. C. ad Turpill. l. 3. §. vlt. D. de præuar. l. 1. & l. 2. C. vt int. cert. temp. l. 1. D. de iur. fisci. l. spurij, §. qui iudicij, D. de decurion. denique subscriptionis ad quam accusator adigitur, hanc vim esse constat, vt se calumniæ & talionis periculo subiiciat. l. vlt. C. de acc. l. 2. l. 7. l. vlt. C. de calumn. Eiúsque rei sumi exemplum potest ex crimine homicidij: quod plerunque: itémque sacrilegij, quod interdum capitale esse constat. l. 3. §. pen. D. de sicar. & apud Paul. sent. 5. tit. 23. & Collectan. 1. tit. 1. l. 4. D. de pecul. nam cui verisimile fiet, licuisse accusatori clam de tantis sceleribus, quæ coerceri totius reip. publicæ denique securitatis intererat, transigere? Altera legis parte tradi hæc regula putatur, Non licere actori in criminibus sanguinis pœnam non inferentibus impunè transigere. At hoc quoque falsum est. nam Vlp. in l. 1. §. 2. D. de calumniat. disertè scribit, non esse transactionibus interdictum, sed sordidis concucussionibus. Sunt qui obiiciant l. siquidem, 9. C. de contr. stip. quasi dixerit, turpe esse pacisci de crimine non capitali. quod apertè falsum & commentitium est. Lex enim indefinitè loquitur de eo, qui pecunia pactus est, ne

accusationem institueret: neque inter capitalem aut non capitalem pœnam distinguit. sed generaliter de eo statuit, qui ob non accusandum pecuniam accepit. qui pari eodémq; modo aliis locis indistinctè modò concussionis, modò repetundarum teneri dicitur. l. 8. D. de accusat. l. 6. §. 1. D. repetund. Quinetiam ex naturali ratione disputari potest, quib. criminibus lex pœnam sanguinis imposuit, ea illam vsque adeo atrocia & coercenda iudicasse, vt sine reip. detrimento tegi ac dissimulari non possint. quale esse homicidium & sacrilegium diximus. quę verò leuiore pœna damnauit, in iis facilius accusatori, vt ab actione desisteret, concessisse. Quid quod crimina quædam eiusmodi esse videmus, vt eorum pœna variè pro delicti modo statuatur, veluti plagium in l. vlt. D. de plagiar. & crimen repetundarum. l. 7. in fin. D. repetund. item peculatus, l. 6. D. de pecul. nam hæc modò capite, modò deportatione, modò leuiore pœna plectuntur. vnde intelligitur transigere interdum de iis licuisse, interdum non licuisse. Sed cùm ex iis quæ plerunque seruantur, regulæ iuris constituantur, probabile est Diocletianum contrarias hoc modo regulas constituisse: Licere actori in crimine non capitali transigere: Non licere actori in crimine mortis pœnam inferente transigere. Quarum à priore adulterij crimen excipimus. non extra regulam: vt vir doctus existimauit. nam apertissimè speciem à genere detraximus. quippe, cùm adulterium Diocletiani ætate capitale crimen non esset.

Quin

Quinetiam rectiſſimè hoc modo argumentari licebit. Specialiter cautum eſt,ne de adulterio (quod vnum eſt ex criminibus ſanguinis pœnam non inferentib.) tranſigere liceat. Ergò de aliis ſimilibus nempe de non capitalibus tranſigere licebat. l. cùm prætor, 12. D. de iud. l.ex eo,18.D.de teſtib.Et certè ita eſt,vt alibi exceptio hęc pro regula tradatur, De crimine adulterij paciſci pecunia non licet.d.l.10.l.abolitionem. 16. & l.ſerui, 23. C.de adulter. l.iſti, 8. D. quod met. cauſſ. l.auxilium. 37. D. de minorib. Exceptionis autem æquitatem ſuperiùs hanc fuiſſe oſtendimus, quia qui accepta pecunia de ſtupro paciſcitur, manifeſtus leno eſt. l.2. §. 2.l. miles,11.§. 3. l.is cuius,14.D.de adulter. Atque hæc quidem hactenus ad modeſtam , atque , vt ſperare videor , amicam reprehenſionem dicta ſint. Ecce autem aliam eiuſdem legis interpretationem,ex Græcorum commentariis,ſeu potius lacunis hauſtam. Secundum antiquas leges adulterium non erat capitale , & conſequenter de eo paciſci non licebat. quod etiam capite quodam legis Iuliæ nominatim cautum erat.d. l.10.Nunc quamuis factum ſit capitale, non tamen caput illud legis abrogatum eſt, neq; permiſſum vt paciſci de illo liceat. Hoc quale ſit intelligere non poſſum, niſi fortè hæc ſententia eſt:quamuis de criminibus non capitalibus paciſci non liceat, tamen de adulterio,quod capitale factum eſt paciſci non licet. Sed propiùs accedendum eſt: atq; ita preſſius diſputandum: Si non capitale fuiſſe hoc tempore adulterium

ponamus, absurda erit pars huius legis posterior. si capitale, absurda prior. quod hoc argumento, intelligetur. Imperante Diocletiano de crimine non capitali pacisci non licuit: vt posteriore legis parte traditur. Eodem imperante adulterium capitale non erat: vt iam inter omnes constat. Ergo eodem imperante de adulterio pacisci licuit. At consequens falsum. Falsum igitur antecedens. falsum esse consequens, patet ex d.l.10. C.de adulter. l.mariti.29.§.plectitur. D.eod. vbi dilucidè traditur, de adulterio pacisci pecunia non licere. quoniam, vt paulo antè diximus, Lenocinij seipsum damnat, qui pro comperto stupro pretium accipit. Sequitur alterum arguméntum: Diocletiano imperante transigere de adulterio non licuit.d.l.10. Eodem imperante transigere de capitali crimine licuit: vt priore legis parte scriptum est. Ergo eodẽ imperante adulterium capitale fuit. quod si non fuit, ridiculè adulterij non capitalis exceptio, sub regula de capitalibus criminib. subiuncta est, quandoquidem id quod excipitur regulę pars esse debet, vt species suo generi derogct.l.4.§.vlt.D.de pen.leg. si peculium.10.D. de manum.testam. Venio ad alteram legis partem, Vt de criminibus sanguinis pœnam non inferentibus pacisci liceat, excepto falsi crimine. Sic.n.Basil. liber interpretatur: πλαστογραφίας χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος. Sed hæc sententia non minus absurda est. primum, quia falsi crimen plerunque mortis pœnam inferebat. honestiores soli deportabantur.l.1.& l.

5.C.

5.C.de falſ.& apud Paul.ſent.5.tit.25.§.10.Neq; verum eſt, quod quidam ſcribunt conſtitutionibus poſterioribus falſi crimen factum fuiſſe non capitale.ex l.vbi falſi,22.C.e.nam illo loco Conſtantinus apertè ſtatuit, vt falſarius vel capite, vel deportatione pro delicti modo plectatur quemadmodum ſuperiùs dictum eſt, poſterioribus legibus varias eiuſdémque criminis pœnas pro delicti modo conſtitutas fuiſſe. Quare abſurdum eſſet, verba illa CITRA falſi accuſationem, Græcorum exemplo, pro exceptione interpretari:ne nimiæ Tribonianum imperitię arguamus. Nam etſi vox CITRA nonnunquam pro Extra, vel præter vſurpetur, velut in l.vlt. D.de calumn. tamen cùm falſi crimen capitale fuerit, abſurdum eſſet, exceptionem à regula tantopere alienam ſub regula ſubiicere. Quare CITRA pro Sine poſitum eſſe non dubito:quaſi Imp.ſcripſiſſet, Sine falſi accuſatione: vel, Niſi falſi accuſationis periculum ſubire velit. ſicuti in l.2. C.ſent.reſcind.non poſſ.Iudicatum citra remedium appellationis reſcindi non poteſt. & in l.6. D.de curat.fur. Ne cui citra cauſſæ cognitionem curatorem det. item in l.1.C.de iur. fiſc. Quod citra fraudem creditorum geſtum eſt, non reſcinditur. & l.vlt. §.filiis, C.de bon. quæ lib.Nec citra volũtatem eorum quorum in poteſtate ſunt,&c. Quare vt huic diſputationi modum imponamus, ſine cunctatione concludendum arbitror, Diocletianum quidem hanc legem ita vti reſtituimus.promulgaſſe. Tribonianum autem propter nouum de adulterij

pœna institutum eam suo more arbitrióque interpolasse.

---

## QVÆSTIO XXIIII.

*An ius vtendi fruendi re aliena, salua eius substantia, de nullo alio quàm de vsufructu dici possit.*

DVbitandi caussam affert primùm Emphyteusis, quæ non modò ius vtendi fruendi transfert, verumetiam ius perpetuarium aut certè longissimum. l.1. D. si ag. vect. l.1. C. de off. com. sac. pal. l. viam veritatis. 10. C. locat. Idque in re aliena: quia proprietas non transfertur. d. l.1. D. si ag. ve. Postremò interitus totius rei ad proprietarium pertinet. l.2. C. de iur. emphyt. Secundam dubitandi caussam mouet fideicommissum. Nam heres fiduciarius rogatus hereditatem restituere. cùm morietur, idem ius quod fructuarius habere videtur. l. species, 15. D. de aur. & arg. leg. vbi disertè vsusfr. appellatur. Res autem fideicommissaria nominatim à Iustiniano res aliena dicitur in l. vlt. §. sed quia, C. com. de leg. Tertiam, dos vxoris, in qua maritus idem ius salua rei substantia obtinere videtur. Eius enim periculum si æstimata non est, ad mulierem pertinet. l. plerunque. 10. cum simil. D. de iur. dot. Quartàm, conductio, quæ ius colono tribuit vtendi fr. re aliena, salua eius substant. l.1. D. de loc. public. fruend. l. si quis, 9. §.1. ibi Num magis l. si fundus. 33. l. si merces. 81. l. si in lege. 24. §. clauus, D. locat. qua de caussa si in col

colono vsusf. legetur, actio ex locato ei tantùm remittenda est. l. cui vsusf. 30. §. 1. D. de vsufr. leg. Quintam, Precarium, quod idem hoc ius tribuere videtur l. 1. & pas. D. de prec. Sextam, Ἀντίχρησις, de qua in l. si pecuniam. 33. D. de pign. act. & l. si is qui bona, 11. §. 1. D. de pign. hoc est, cùm pignus ita datur vt quoad debitor satisfaciat, eo creditor vtatur fruatur. Septimam, Legatum annui reditus certi fundi: de quo in l. fundi 38. D. de vsufr. leg. l. liberto, 21. D. de an. leg. Nam hic legatarius fructus omnes omnium generũ percipit. Septem igitur huius definitionis tanquam riuales licet enumerare, Emphyteutem, in agro vectigali: heredem fiduciarium, in fideicommisso: maritum, in re dotali: colonum, in re conducta: eum qui precario res concessa est, creditorem ἀντιχρώμενον, in fundo oppignerato: & prouentus annui legatarium. nam hi omnes definitionem illam non fructuarij propriam, sed sibi cum illo communem esse contendunt. Videndum est igitur, quemadmodum illorum argumẽtis responderi possit. nam si definitio hæc etiam in illos transferri potest, vitiosa est. definitum enim & definitio inter se reciprocari & conuerti debent. l. 1. D. de dol. mal. Quantum igitur ad emphyteuticarium attinet, quamuis propriè ac plenè dominus agri vectigalis non sit, tamen quasi dominus est: atque adeò disertè dominus appellatur in l. possessores, 12. C. de fund. patrim. eíque vtilis actio rei vindicandæ caussa permittitur. l. 1. D. si ag. vect. l. 5. §. bonorum, D. vt in poss. leg. quinetiam

agrum ipſum oppignerare poteſt, & donare,& vendere, & quouis modo alienare, non modò inter viuos,verumetiam per teſtamentum l.tutor.16.vlt.De pign.l.ſi domus.71.§.vlt. De leg. 1. vt iam non tam aliena re quàm ſua frui videatur. Sic heres fiduciarius reuera dominium habet, & re ſua,non aliena vtitur fruitur.l.1.§.1. & l.quamuis,40.D.ad Trebel.& quamuis à Iuſtiniano res aliena dicatur,tamen id ex fictione intelligẽdum eſt,cùm ne in fideicommiſſarium quidem dominium verum transferatur.l.3.D.ſi vſusf.pet. Sic maritus conſtante matrimonio dotis dominus eſt fictitius. l.in rebus. 30. C. de iur.dot.l.Lucius,21.§.4.D.ad munic.l.quamuis, 75.De iur.dot. Itaque non aliena, ſed ſua re vti ac frui videtur.Ita tres aduerſarij illi primi verbis illis excluſi ſunt, RE ALIENA.quoniam omnes vtuntur re quæ ſua eſt vel verè, vel per fictionem. Quantum ad precarium,facilis & expedita ratio eſt: primùm, quia precarium non poteſt definiri ius,quia non iuris eſt,ſed facti.l. ſi precario,17. D.comm. præd. arg. l.ſi adoptauero,16.De precar.quippe cuius & vſus & vtendi tempus planè incerta ſunt: totáque ex concedentis voluntate pendent. deinde in precario, non fruendi, ſed tantùm vtendi poteſtas cõceditur.Supereſt vt colonum,creditorem ἀντιχρώμενον, & legatarium prouentus annui excludamus: qui omnium acerrimi aduerſarij ſunt.nam & omni fructuum genere vtuntur,& in re perſpicuè ac ſine dubio aliena. An dicemus, quantum ad colonum attinet, ius fruendi

quod

quod ex locatione percipitur, certis legibus præscribi? l.si merces,25.§.conductor, D.locat. cùm fructuario alia nulla lex & conditio fruendi præscribi possit, quàm æquitatis ratio, & boni viri arbitratus, & patrisfam. frugi consuetudo.l.1.& pass.D.vsuf.quem.cau. Sed si nulla in locationis cõtractu lex sit adhibita, tamen cùm bonæ fidei sit, ad boni viri arbitrium redigetur.l.cùm venderent,21.D.loc. Alia igitur Colono reddenda responsio est, quę reliquis duobus satisfaciet: nẽpe aliud esse ius vtendi fruendi, aliud vinculum illius iuris. Ius est dominium iuris, quod fructuario per traditionem acquisitum est. l.3. D.de vsufr.vt ei rei vindicatio ex iure Quiritium confessoria competat. l. 5. & pass. D.si vsusf. pet. qua de caussa vsusfr.in fructuarij bonis & dominio numeratur. l. in venditionem.8.D.de reb.auct.iud.poss. At Colonus & creditor & legatarius non habent dominium iuris, sed vinculum iuris, id est obligationem: quæ definitur iuris vinculum, in §.1.Instit. De oblig.non enim obligationum vis ea est, vt rem aliquam nostram efficiat, sed vt alterum nobis obliget ad dandum, aut faciendum.l.3.D. de oblig.& act.& dominium ab obligatione separatur in l.2.D.de stip.seru. Vsufructuarius igitur habet ius suum & in suo dominio: qua de caussa realem actionem habet: alij verò ius postulandi in iudicio, vt sibi vti frui liceat: quo nomine personalem actionem habent. Itaque aliud est vsusfructus, aliud actio de vsufructu ex testamẽto, vel contractu.l.1.in fin.D.quand.

dies vſusf. l.1.in princ. D.tit. ſeq. Quinetiam quantum ad annui reditus legatarium attinet, tantum abeſt vt ius fruendi in ipſius dominio ſit, vt neque habitationem habeat, neque per ſe colat & fructus percipiat: ſed heres vendere fundum poſſit, & ei quantitatem eandem offerre. d. l. fundi, & l. nihil. 110. D. de leg. 1. quę omnia ab vſusfructus iure abhorrent. l. 7. & paſſ. D. de vſufr. Aliud tamen iuris eſſet, ſi fructus annui legati fuiſſent. quibus verbis verum vſumfr. Vlpianus ſignificari ſtatuit. l. ſi quis ita, 20. D. de vſuf. Vſuarium autem in iſtorum competitorum numerum non admiſimus: quoniam vſuarius ius habet vtendi tantùm, non fruendi: neque tamen ſalua rei ſubſtantia, vt nonnulli ſcribunt: hoc eſt, non quantum rei natura & ſubſtantia ferre poteſt: ſed eatenus duntaxat, quatenus ad ſubleuandam ipſius neceſſitatem ſatis eſt. l. 4. D. de oper. ſeru. l. plenum, 12. §. 1. D. de vſu & habit.

## QVÆSTIO XXV.

*An iuſtum coniugium ſolo partium conſenſu ſine publica teſtatione contrahatur.*

LVbrica hæc diſputatio eſt. nam magna ex parte ad religionem pertinet. quare hæc præmunitione vtemur, vt Matrimonij cauſſam quidem efficientem eſſe dicamus, partium conſenſum & conuentionem, l. 2. D. de rit. nup. materiam autem & cauſſam ſine qua non, corporum coniunctionem: quia nec in caſtrato, nec in

in nondum viripotente matrimonium censetur. l.si serua, 39. §.1. D. de iur. dot. l. pen. D. quād. dies legat. Forma autem iure Romano, atque adeò forma essentialis, & sine qua coniugium non habetur, fuit deductio in mariti domum, & aquæ atque ignis interuentus. l. pen. D. de don. int. vir. l. mulieri, 5. & l. seq. D. de rit. nupt. cui fuerit, 15. D. de cond. & demonstr. Finis autem (vt inter omnes constat) est propagatio sobolis, & liberorum procreatio. l. si vicinus, 9. C. de nupt. His positis, deinceps illud intelligendum est: si hanc quæstionem ad iuris ciuilis rationem reuocemus, magnam disputationis partem à religionis Christianæ institutis alienam fore. Nam Modestinus in l. in liberæ, 24. D. de rit. nupt. scribit, in liberæ mulieris consuetudine, si modò quæstum corpore non faciat, non concubinatum, sed nuptias intelligi. Item Papin. in l. donationes, 31. D. de donat. statuit, mulierem maritali honore & affectione habitam, pro vxore habendam esse: quamuis testatio nulla sit. cui congruit illud Vlpiani in l. item legato, 49. §.1. D. de leg. 3. inter concubinam & vxorem, nisi dignitate, nihil interesse. & l. 3. §.1. D. de donat. int. vir. & l. 3. D. de concub. inter concubinatum & matrimonium nihil nisi affectionem interesse: ingenuámque mulierem domi sine testatione habitam, pro vxore numerari. Quinetiam Imp. Theodosius in l. si donationum, 22. C. de nupt. sanxit, matrimonium absq; vlla pompa & celebritate nuptiarum, atque adeò absque vllis dotalibus instrumentis firmum

esse:liberósque ex eo susceptos,iustos esse. Nam si liberi pro iustis habendi sunt, iustum antecessisse matrimonium oportet.quod idem Imp. Probus constituit.d.l.si vicinus,9.C.eod. Atq; hæc quidem de Iustinianico iure dicta sint. ex quibus intelligitur, matrimonia non modò sine publica, verùm etiam sine priuata testatione,atque adeò sola partium consensione eo iure conciliari. Nam de antiquo Romanorum iure absurdum esset disputare: quo non modò mulier domi à viro per anni spatium retenta, pro vxore vsucapiebatur (quemadmodum in Comment. XII. tab. exposuimus) verùm etiam vir vxorem amico ad tempus liberorum suscipiendorum caussa concedebat. Quod Strabo lib.XI.&Plutarch.in Catone Vtic.& Tertull.in Apologet.memoriæ prodiderunt. Et de tacito matrimonij pacto, Sueton. in Caligula, Mox, inquit,L.Cassio Longino consulari collocatam abduxit, & in modum iustæ vxoris propalam habuit.Quòd siquis genus illud matrimonij taciti ad vxoriæ vsucapionis institutum referre volet,necesse erit summæ Tribonianum stultitiæ coarguit: qui cùm illa matrimonia sustulisset, leges tamen quæ ad illa pertinebant, reliquerit. Vtcunque sit,absurdissimum sanè videtur,cùm matrimonium magna ex parte publici aut certè diuini iuris,etiam apud Romanos fuerit:quippe,cùm omnis diuini atque humani iuris communicatio definiatur. l.1. D. de ri. nup. atque vxor dicatur humanæ & diuinæ rei socia. l.aduersus, C.de crim.expil. deinde cùm ad ciuis

uis Romanæ caput pertinuerit (nam quæ materfa. fiebat, capite minuebatur) tamen sine actis atque adeò sine scriptura probatum fuisse. l.4.D. de pignor.l.4.de fid.instrum.& vt superius demonstratum est, tacitè, ac sine vlla testatione: tantùm ex domestica vitæ consuetudine: cùm tamen neque emancipatio, neque adoptio fieri olim sine ritus solennitate posset.l.3. D.de adopt. Videamus igitur, ne quæstionis huius disceptatio ex religionis nostræ institutis potius, quàm ex ciuili Rom.iure petenda sit. quippe, cùm matrimonium (vt suprà diximus) potius diuini, quàm humani iuris esse constet. quod vel hinc licet intelligatur, quòd Christus & Apostoli cùm ius de ceteris humanis cõuentionibus atque pactis nullum sanxerint, tamen de matrimonio leges multas statuerunt, vt Matth. 5.& 19.1.Corinth.5.& 2.Cor.2.& 1.Cor.6.& 7.item 1.Petr. 3. Quinetiam conuentionem istam sacram esse, Deúmque ipsius auctorem & conciliatorem fuisse, cùm ex ipsius instituto intelligitur, tum etiam ex his Christi verbis Marc, 10. Quos Deus coniunxit, homo ne disiungat, Etsi autem partim hominum quorundam ambitione, partim temporum infelicitate multæ sensim in disciplinam Ecclesiasticam corruptelæ inuectæ sunt: tamen iniquum est, instituta per se bona propter aduentitias corruptelas repudiari, &(vt Vlpianus ait) veritas rerum erroribus gestorum non vitiatur. l. qui illicitas, D. de off.præs. Quare concludendum arbitror, morem matrimonij sine publica testatione &

ſolenni ritu contrahendi à Chriſtianis repudiandũ eſſe. Primùm, quia cùm matrimonium diuini iuris ſit, vt iam dictum eſt, conſentaneum eſt, diuini iuris & religionis miniſtros in eo con ſecrando adhiberi. præſertim cùm etiam profani homines non modò in pontificalibus matrimoniis confarreatione vterentur, vt iam notum eſt omnibus: verùm etiam in peruulgatis nuptiis, quæ per conuentionem in manum fiebant, & ſolennem in domum deductionem, aquam atque ignem adhiberent. d. l. penultim. D. de donat. int. vir. Deinde, quia cùm in matrimoniis familiarum dignitas periclitetur, cautio adhibenda eſt, nequa honeſta mulier pro concubina, aut meretrice, vel nequi iuſti liberi pro ſpuriis & nothis habeantur. æquiſſimúmq; videtur, quæ ad perſonarum & familiarũ, ac proinde ad ciuitatis ſtatum publicum pertinent, non modò ritè atque ordine, verumetiam publicè ac ſolenniter fieri. ſicuti de adoptionibus traditur in l. 3. & l. quarta, D. de adopt. quò pertinet illud Modeſtini, Semper in coniunctionibus non ſolùm quid liceat conſiderandum eſt, ſed etiam quid honeſtum ſit. Itaque furtiuæ & clandeſtinæ nuptiæ apertè damnãtur ab imperat. Cõſtantino in l. vxor, 7. C. de repud. Præterea pietatis adiunctum eſt, veteres Chriſtianorum mores ſcripturæ ſacræ conſentaneos obſeruari. Vetuſtiſſimum autem Chriſtianorum inſtitutum hoc eſſe, vt matrimonia palàm Eccleſiæ & miniſtrorum precibus conſecrentur, facilè demonſtrari poteſt: primùm ex Tertull

tulliano, qui lib. ad vxorem 2. ita ſcribit: Vnde ſufficiam ad enarrandam felicitatem eius matrimonij, quod Eccleſia conciliat, & confirmat oblatio: & obſignatum Angeli renuntiant, pater rato habet? Nam nec in terris filij ſine conſenſu patrum rite & iure nubent. Alterum teſtimonium eſt ex l. ſancimus, 24. C. de nupt. vbi imperator Iuſtinianus ſtatuit, vt ea demum rata ſint matrimonia, in quibus nuptiarum acceſſit feſtiuitas. Tertium eſt ex imp. Leonis Nou. 89. vbi ſanxit, vt Chriſtianorum coniugia ſacræ & eccleſiaſticæ precationis teſtimonio confirmentur: quæ aliter contracta erunt, pro iuſtis coniugiis non numerentur. Quam conſtitutionem Harmenop. lib. 4. cap. 4. commemorans, ſubiungit imp. Cæſarem Alexium Comnenum idem quoque conſtituiſſe. Quartum eſt, quod idem Harmenop. eodem loco teſtatur. eccleſiaſticis canonibus ſancitum fuiſſe, ne clandeſtinæ nuptiæ, & extra eccleſiam Chriſtianorum celebrentur. Quintum eſt, quod papa Innocentius III. teſtatur, hanc veterem quoque Chriſtianorum conſuetudinem fuiſſe, non Papæ vllius inſtitutum, vt conuentiones matrimoniorum in eccleſia promulgentur. c. 4. ext. de cland. deſp. vbi ſic loquitur: Quare ſecundum ſpecialem quorundam locorum conſuetudinem ſtatuimus, vt cùm matrimonia fuerint contrahenda, in eccleſiis per presbyteros publicè proponantur, competenti termino præfinito: vt intra illum terminum qui valuerit & voluerit, legitimum impedimentum opponat, &c.

Eáque promulgatio Bannum Langobardico vocabulo appellatur in c.cùm in tua,27. Ext.de ſpon. & ex vetere conſuetudine manaſſe dicitur in c.cum tua,6.qui matr.accuſ.poſſ. Idémq; in c.aliter.30.q.5. In eandem ſententiam Caius Inſtitut. lib.1. ſcribit, nuptias eſſe legitimas, cùm Romanus Romanam nuptiis interuenientibus vxorem duxit. Nam plerunque matrimonium à nuptiis ita diſtinguitur, vt illud conuentionem & pactum ſignificet:hæ verò ritum & ſolennitatem,quæ pro cuiuſque gentis inſtitutis palàm adhibetur : veluti apud Scæuolam in l.pen.D.de don.int.vir.& vx.&apud Paulum in l.ſi ita,20.& Iulianum in l.ſeq.D.de rit.nupt. & in l.inter eos,27. D.de don.int. vir. itémque apud Dioclet.in l. neque ſine,13.C.de nupt.Itaque quod Iuſtin. Nou.74.§.ἐπειδὴ δὲ,4. Iuliano interprete ita ſcribit, Siquis diuinis tactis ſcripturis iurauerit mulieri, legitimam ſe illam vxorem habiturum, vel ſi in oratorio tale ſacramentum dederit,ſit illa legitima vxor,quamuis nulla dos,nulla ſcriptura alia interpoſita ſit:videndum eſt, vt ſecundum ſupraſcriptam cautionem interpretemur:quaſi eo ſolo iureiurando matrimonium quidem contrahi ſignificet : ſed præter matrimonium nuptias ſupereſſe:hoc eſt,ritum & ſolennitatem in eccleſia Chriſtiana vſitatam. Quæ cùm ita ſe habeant, primùm perſpicuum eſſe arbitror, neque veram Duareni doctiſſ.viri diſputationem fuiſſe, qui ad Rub. ſolut. matrimon. multis verbis
cont

contendit, clandestina matrimonia Digestorum libris damnari. deinde leges & constitutiones Pandect. & Codicis, quæ tacita matrimonij pacta pro expressis & solennibus habuerunt, à Christianis repudiandas esse: eóque nomine Tribonianum ceterósque iuris nostri architectos grauiter vituperandos videri.

---

## QVÆSTIO XXVI.

*An debitor qui soluendo non est, iure Rom. affici pœna corporali possit.*

CElebratur quidem ab omnibus legis Iuliæ beneficium, quæ debitores qui soluendo non sunt, si bonis suis cesserint, carceris & verberum periculo liberat. nam per eam cessionem creditoribus potestas tantùm relinquitur damnati bona publica auctione diuendendi l.1. & l.4. C. qui bon. ced. poss. Sed nemo explicat, quid illud sit, quòd cùm vetustis legibus Porcia & Sempronia ciuium Rom. corpora quodammodo quasi sacrosancta essent, neque verberibus in eos animaduertere liceret: tamen inopes debitores, nisi legis illius Iuliæ præsidio tuti fuissent, verberibus & cruciatur corporis subiiciebantur, vt ex illius legis Iuliæ beneficio intelligitur. Quinetiam imp. Gratianus sanxit, ne debitor, nisi qui per vim maiorem bonis euersus fuerit, bonorum cessione vti possit: sed vt ad redditionem debitæ quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur, vt ait l.1. C. TH. qui bon. ex leg. Iul. ced. co-

démque pertinet l. si victum, 34. D. de re iud. ne cui liceat prohibere victum & stratum inferri iudicato:nimirum in carcerem detruso. Et Nou. 135. vbi per bonorum cessionem remitti dicitur ἡ τοῦ σώματος τιμωρία. Itémque illud Ambrosij in lib. de Tobia, cap. 10. Quoties, inquit, vidi à fœneratoribus teneri defunctos pro pignore, & negari tumulum dum fœnus exposcitur. Quibus ego acquiescens dixi, Tenete reum vestrum, & ne vobis possit elabi, domum ducitè, claudite in cubiculi vestro carnificibus duriores: quoniam quem vos tenetis, carcer non suscipit, exactor absoluit. Et cap. VIII. Vidi ego miserabile spectaculum, liberos pro paterno debito in auctionem deduci, & teneri calamitatis heredes, qui non essent participes successionis, & hoc tam immane flagitium non erubescere creditorem. Item in lib. de Nabuthe, c. 5. Vidi ego pauperem duci, dum cogeretur soluere quod non habebat: trahi ad carcerem, quia vinum deesset ad mensam potentis: deducere in auctionem filios suos, vt ad tempus pœnam differre possit: inuentum fortè aliquem qui in illa necessitate subueniret. Redit ad hospitium cum suis, ingemiscens filiorum famem, dolens quòd eos non potius ei qui posset pascere, vendidisset. Redit ad consilium. vendendi sumit arbitrium. Item Off. 1. Grandis culpa est, si te sciente fidelis egeat, si scias eum sine sumptu esse, fame laborare, & non adiuues: si sit in carcere, & pœnis & suppliciis propter debitum aliquod iustus excrucietur. Sic in

l. ob

l.ob fœnus;49.D.de admin.tut. Tutor qui pecuniam pupillarem non exercuit,si id damnum resarciendum idoneus non est, extra ordinem coercetur. Item in l.3.§.qui pecuniam,D.e.vbi tutores improbè in administratione versati, vinculis publicis contineri iubentur. Item in l. si pro aliquo, 21. §. 1. D. ad Velleian. vbi pater iudicatus propter solutionem vexari dicitur. Item in l.vlt. in fin. D. quæ in fraud. cred. vbi fraudator conuentus pœnam subire dicitur. Denique Agellius lib. 20. c.1. testatur ætate sua vsurpatum id fuisse, vt addicti debitores necterentur. Addici,inquit,nunc & vinciri multos videmus, qui vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt. Quare intelligendum, varium eius rei ius apud Romanos fuisse.Nã vt rem ab ouo (quemadmodum dici solet) repetamus,primum ius fuit XII.tab.vt debitores damnati si iudicatum facere non possent, publicè venderentur, atque addicti seruirent: id est, in neruo operas darent: vt Agellius eodem loco testatur. & Quintil. lib.5. & lib. 7. vbi de addictis loquitur. Atque inde natum illud Romanorum institutum videtur,vt reges exteros(opinor qui soluendo non erant) cum purpura,& sceptro, & corona in sella regia collocatos publicè venderent.Cicero pro Sextio:De hoc nihil cogitante(loquitur de Ptolomæo Cypri rege)est rogatum vt sedens cum purpura & sceptro, & illis insignibus regiis, præconi publico subiiceretur:& imperante populo R. qui etiam bello victis Regibus regna reddere consueuit,

Rex amicus, nulla iniuria commemorata, nullis repetitis rebus, cum bonis omnibus publicaretur. Sic pro domo: Vbi Cyprius Rex cum bonis omnibus ſub pręcone ſubiiceretur. Nam publicandi regni cauſſam hanc (vt opinor) Clodius lege ſua præſcripſerat. de qua lege Dio lib. 38. commemorat. Prius autem quàm debitor ipſe venderetur, omnia eius bona publicè conſtituta auctione diſtrahebantur. Nam cùm antiqua lege XII. tab. inſtitutum fuiſſet, vt creditores debitoris corpus diſſecarent, atque inter ſe partirentur: tacito populi conſenſu conſuetudo inoleuit, vt eius bona diſtraherentur, ſic, vt ne ad victum quidem & cultum quicquam ei relinqueretur, vt Agellius eod. loco teſtatur, & Fab. lib. 3. cap. 6. atque adeo infamia notarentur, teſte Tertulliano in Apolog. Ac de vniuerſa quidem bonorum venditione, teſtimonium eſt in §.1. Inſt. de ſucceſſ. ſublat. ad eámque referendus eſt ille Ciceronis locus Philippica XI. Videte etiam P. Decij auctionem clariſſimi viri, qui maiorum ſuorum exempla perſequens, pro alieno ſe ære deuouit emptori: id eſt, bona ſua vniuerſa vendi paſſus eſt. Neque mihi eorum diſplicet coniectura, qui Sectionis nomen inde confictum exiſtimant, propter legem XII. tab. quæ debitoris corpus ſecari ac diuidi inter creditores permittebat, vt cum ea lex à corpore ad bona tranſlata eſſet, non re mutata permanſerit. velut in l. inſula, 59. D. de acq. rer. do. Eóq; illud Ciceronis pertinet in Orat. pro Quintio, Si funus id habendum ſit, quò non amici conuen-

ueniat ad exequias cohoneſtandas, ſed bonorum emptores, vt carnifices, ad reliquias vitæ lacerandas ac diſtrahendas. De victu autem & cultu teſtimonium extat primùm in eadem Orat. his verbis, Cuius non modò illæ ampliſſimæ fortunæ, ſed etiam victus veſtitúſque neceſſarius ſub præconem cum dedecore ſubiectus eſt, is non modò ex numero viuorum exturbatur, ſed, ſi fieri poteſt, infra etiam mortuos amandatur. Et de Addictis in lib. De orat. 2. Apud Næuium, inquit, qui iudicatum duci videt, percontatur ita: Quanti addictus? mille numûm. Nihil addo. Ducas licet. Item in ea pro Flacco, Addictus Hermippo, quòd iudicatum non faceret, & ab eo ductus eſt. Et apud Liuium lib. 23. Qui capitalem fraudem auſi, quíque pecuniæ iudicati in vinculis eſſent, &c. Alterum teſtimonium extat in nouell. Iuſtin. 154. in illis verbis quæ paulo pòſt exſcribemus, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς, &c. De iudicati autem addictione, paſſim teſtimonia extant, ſed præſertim in illis Agellij & Quintil. locis. Vnde illud Manlij apud Liuium lib. VI. Tum verò ego nequicquam hac dextra Capitolium arcémque ſeruauerim, ſi ciuem commilitonémque meum tanquam Gallis victoribus captum in ſeruitutem ac vincula duci videam. Inde rem creditori, palàm populo, ſoluit: libráque & ære libratum emittit. Pòſt tertium ius ſucceſſit, anno CCCCXXVII. per legem Pœtilio & Papyrio coss. latam, nequis neruo aut compedibus teneretur: pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus eſſe obno-

xium (cuius rei Liuius libro 8. eſt auctor) ita nexos fuiſſe ſolutos, cautúmque ne in poſterum necterentur. Iuſſi, inquit, Conſules ferre ad populum, ne quis, niſi qui noxam meruiſſet, pœnam daret in compedibus aut in neruo. Tum igitur obſeruari cœptum eſt, vt qui creditorib. addicerentur, ſoluti operas darent. Quanquam incurrit diſputatio ex Varronis verbis lib. de ling. VI. Liber, inquit, qui ſuas operas in ſeruitute pro pecunia quam debet dat, dum ſolueret, Nexus vocatur, vt ab ære, Obæratus. Hoc C. Popilio rogante, Sylla dictatore ſublatum ne fieret, & omnes qui bonam copiam eiurarent, ne eſſent nexi, diſſoluti. Quo loco vox DISSOLVTI (vt opinor) ſuperuacanea eſt. Bonam autem copiam eiurare, nihil aliud erat (opinor) quam iurare ſe in bonis non habere, vnde diſſolui æs alienum poſſet. nam, vt ait Sex. Pomp. Eiuratio ſignificat id, quod deſideretur, non poſſe præſtari. Verùm vtcunque ſit, illa difficultas manet, cùm ſuperior illa lex valeret, quid hac noua Popilia opus fuerit? niſi dicamus, vel illam neglectam, vt per aliam renouanda fuerit, quòd ſæpe accidiſſe conſtat: vel ſicuti Syllæ pleraque acta rata non fuerunt, ſic nec legem illam tenuiſſe. Itaque Cicero in Rullum, Omnium, inquit, legum iniquiſſimam, diſſimilliſmámque legis eſſe arbitror, eam quam L. Flaccus interrex de Sylla tulit, vt omnia quęcunque ille feciſſet, eſſent rata. Quinetiam ius quod quarto loco ſucceſſit dubitationem auget. Lata enim lex Iulia eſt (à Iulio, an ab Auguſto, mihi non

non ſatis conſtat) vt debitoribus qui ſoluendo non eſſent, bonis ſuis cedere licet. quæ bona creditoris ſi eis videretur, publicè conſtituta auctione diuenderent: qui bonis ſuis ceſſiſſent, in eos creditoribus ius nullum eſſet: neque eos vel in ſeruitutem, vel ad operas dandas addici, aut in carcerem compingi, aut vllo modo in eos animaduerti liceret. l. 1. & l. 4. C. qui bon. ced. poſſ. Sed (meo iudicio) dicendum eſt, primùm propter fœneratorum potentiam, neglectam legum ſuperiorum ſanctionem fuiſſe. cuius rei argumento eſt illud C. Manlij apud Salluſt. in Catilin. Neque cuiquam noſtrûm licuit, more maiorum, lege vti, neque amiſſo patrimonio corpus liberum habere. Deinde carcer à nexu & compedibus ita ſeparandus eſt, vt lege quidem Popilia vincula ſublata ſint: carcer autem, priuatus ſcilicet, hoc eſt cuſtodia in creditoris domo vſque ad legem Iuliam permanſerit. l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. Legis autem Iuliæ beneficium ad fraudatores & decoctores, id eſt eos qui nequitia ſua bona perdiderant, non pertinuiſſe, verùm ad eos ſolos, qui vi maiore aliqua, velut incendio, naufragio, vel hoſtium incurſu fortunis euerſi fuerant, documento eſt l. 1. C. TH. qui bon. ced. poſſ. & Nou. 135. Vtcunq; ſit, difficilis tamen illa quæſtio permanet, propter legem Porciam de qua ſup. dictum eſt. Quare videamus, ne legis Porciæ & Semproniæ beneficium ad tenuiores ciues & fures non pertinuerit. Nam ex multorum auctorum teſtimoniis animaduerto, poteſtatem in illos Tri-

umuiris capitalibus fuisse, qui ius ad columnam Meniam dicebant, & octo lictores habebant, quos Plautus valentes virgatores appellat, qui eorum iussu in damnatos animaduertebant: quemadmodum docuimus in lib. de Magistratibus. Hinc illud Asconij in diui. Vt fures, inquit, & seruos nequam, qui apud Triumuiros capitales ad columnam Meniam puniri solent. Cic. Ver. 3. Oblitósne igitur hos putatis, quemadmodum sit iste solitus virgis plebem R. concidere? quam rem etiam Tribunus pl. in concione egit, cùm eum quem virgis iste cæciderat, in prospectum populi R. produxit. Eóque pertinet l. interdum, 56. §. 1. D. de furt. & l. pen. D. de cond. causs. dat. vbi fures corporali supplicio afficiuntur: quo in numero probabile est, debitores qui non fortunæ iniuria, sed sua culpa, & (vt hac in re loquebãtur) nequitia redacti ad egestatem erant, habitos fuisse. Eóque pertinere arbitror locum illum Sextianæ Orationis, aliqua tamen parte deprauatum, Olim ne Scyllæo illo æris alieni in freto ad columnam adhæresceret, in Tribunatus portum profugerat. Nam (meo iudició) columnam Meniam intelligit, ad quam damnati debitores alligati verberabantur: & (vt loquitur l. 1. Cod. theod. qui bon. cedere poss.) congrua suppliciorum acerbitate cogebantur. Gabinius autem, quòd Ttibunatus sacrosanctus erat, eo magistratu supplicij illius periculum deuitarat; quod tamen oratoriè & magis ad Gabinij vexationem quàm ad veritatem accommodatè dictum à Ci-
cer

cerone non dubito. nisi fortè quis dicat, viros etiam primarios, qui soluendo non essent, duci in carcerem solitos: quoniam Valer. Max. lib. 4. cap. 1. scribit, Corn. Scipionem Asiaticum, cùm iudicatæ pecuniæ satisdare non posset, in carcerem à Consulibus duci iussum esse: sed probabilius est, publici iudicij damnationem illam fuisse. Et huc pertinet primùm lex Roscia theatralis, vt equitibus Rom. quatuordecim gradus spectandi caussa in theatro assignarentur, exceptis iis qui decoxissent: quemadmodum in lib. De legib. exposuimus. Deinde Adriani imp. edictum, vt decoctores in Amphitheatro catamidiarentur, quod Spartianus in ipsius vita testatur. Neque obstat l. ob æs alienum, 12. C. de obl. & act. vbi Dioclet. scribit, Iura non pati quenquam ob æs alienum seruire. nam Seruire propriè non dixit, sed impropriè, pro Seruum esse, vel seruitutem seruire. Etenim Quintilianus lib. 5. & lib. 7. scribit, Addictos qui operas creditoribus dabant, seruisse, sed seruos non fuisse. Minus obstat l. 2. C. de exact. trib. vbi Cõstantinus iubet debitores omnem carceris & verberum timorem deponere: quę à peruersis & iratis iudicibus instituta sunt: quoniam carcer pœnalium, carcer hominum noxiorum est, non autem debitorum caussa repertus. Nam illa est Constantini noua lex de suis tributis & fisco: cuius nunquam caussam malam esse, nisi sub bono Principe, verissimè dictum est. Multo minus obstat vulgatum prouerbium, Vt qui non habet in ære, luat in corpore. l. 1. in fi. D. de

pœn. l. si quis,7. D.de iurisd. l, vlt. D.de in ius voc.l.qui ædes,9. D. de incend.nauf. nam prouerbium illud ad criminales caussas pertinet, cùm pœna pecuniaria criminum damnatis imposita in corporalem conuertitur. Iam verò quod attinet ad l. si victum, De re iud. necesse est, iudicatum de quo ibi agitur, vel bonis non cessisse non potius fraudatorem ac decoctorem fuisse: ac propterea legis Iuliæ beneficio vsum non fuisse. Superest quintum & postremum ius, quo superiora omnia sublata & abrogata esse arbitror, Nouell.Iust.135.Græcis in codicibus nuper euulgata, cùm antea Latinis interpretibus nota non fuisset. Nam neque in Epitomas & Authenticas Latinas relata est, neq; ab vllo (quod sciam) veterum interpretum commemorata: tametsi locis infinitis de bonorum cessione disputent. Iustinianus ergo statuit, ne debitores, qui non sua nequitia, sed fortunæ vitio, ἐκ τοῦ συμβεβηκότος, καὶ οὐ ῥαθυμίᾳ facti erunt non soluendo, bonis cedere cogantur: sed posteaquam iurarint se non habere in bonis vnde æs alienum soluant, & (vt superius dicebamus) bonam copiam eiurarint, ab omni creditorum molestia liberi ac soluti sint. quibus tamen actiones petitionésque omnes quæ debitori competunt, competituræve sunt, cedentur, vt siquid aliunde exigere possint, sibi habeant. Quibus ex verbis primùm apparet, ea Nouella sublatum & priuati carceris, & vinculorum periculum fuisse: tum bonorum quoque venditionem, quæ lege Iulia fiebat, abrogari, quod

quod illa verba significant, Ποῦ γὰρ δίκαιον, τὸν ἅπαξ ἐκ τοῦ συμβεβηκότος καὶ οὐ ῥαθυμίᾳ παραδιδομένῃ ἐκτὸς τῆς αὐτοῦ γεγονότα, αὖθις ἀσχήμονα τὸν βίον ἑαυτοῦ παρελιθεῖναι, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς, ὡς εἰκὸς, τῆς τε τοῦ σώματος σκέπης ἔξω βιαίως καταστῆναι; Denique si bonorum cessio à debitore fit, eorúmq; discussio à creditoribus, quid attinet debitorem iurare, sibi in bonis non esse, vnde creditoribus satisfaciat? Multo ergo magis debitores subleuauit Iustinianus, quàm lex Iulia: quod si bonorum venditionem & cessionem reliquisset, futurum non erat. Nam cùm ex lege Iulia bona vendebantur, debitori ne ad victum quidem & cultum quicquam relinquebatur, vt superius diximus. Neque obstat l. qui bonis, 6. D. de cess. bon. vbi quod misericordiæ caussa, velut menstruum aut annuum debitori relictum est, adimi vetatur. nec enim alimentis quotidianis fraudandum esse. Primùm quoniam Vlpianus agere illo loco videtur de eo, quod post bonorum venditionem à creditoribus factam ab alio quodam, propinquo videlicet & amico, misericordiæ caussa ei legatum est. Deinde vt relictum ab ipsis creditoribus dicamus, tamen illa ratio est, quod donatum misericordiæ caussa eripi nisi immisericorditer non potest. Alterum Iustiniani institutum est, quòd etsi bonorum cessio infamiam non irrogat. l. debitores, 11. C. ex quib. cau. infam. l. vlt. C. qui bon. ced. poss. tamen Iustinianus duobus Nouellæ locis apertè ignominiosam bonorum venditionem appellat, ἀσχήμονα τὸν βίον παρελιθεῖναι. Item, καὶ τῆς

τῆς ἀσχημοσυνης πιέζεσθαι μέχρι θανάτου ὀνειδισμῷ. quod conuenit cum l.2.D.de obſeq.par.& Nouel.4.Itémque cum §.primo,Inſt.qui &à quib. de cauſſ. manum. vbi bonorum venditio debitori notam aliquam apud bonos viros afferre dicitur. Hanc igitur qualemcunq; ignominiam Iuſtin. ſuſtulit, cùm bonorum venditionem, vnde illa naſcebatur, ſuſtulit. Illud ad extremum in dicta Nouell. notandum eſt, ſanctionem illius nouæ conſtitutionis hanc fuiſſe, vt creditores qui ei non parerent, decem auri libris multarentur, & propter ſolam ἐνθύμησιν & peccandi cogitationem capitis periculum ſubirent. Extra Nouellam autem ſeparatim illud obſeruandum eſt, certis perſonis conceſſum hoc beneficium fuiſſe, vt etiamſi iudicatum facere non poſſent,tamen pœnæ damnatis debitoribus impoſitæ expertes eſſent, & in id tantum quod facere poſſent, cogerentur: hoc eſt, ne vel priuatum carcerem,aut vincula,aut ignominiam, & extremam inopiam ſubirent. de quibus in l. ſunt qui,16.& ſeqq. de re iudic.

## QVÆSTIO XXVII.

*Iudex vtrum ex conſcientia,an ſecundum edita in lite inſtrumenta iudicare debeat.*

NAta primùm hæc quæſtio eſt ex diſſenſione Martini & Ioannis, quorum ille conſcientiam, hic acta & probata (ſic enim loquebantur) defendebat. Mendosè autem Probata dicebant pro Teſtimonia, aut Inſtrumēta:cùm ea

ea demum Probata Latinè dicantur quæ fidem faciunt ac persuadent. vt l.3.D.de testib. Ex animi tui sententia te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinere. Cicero in Quintiana, Si caussa cum caussa contenderet, nos nostram perfacilè cuiuis probaturos statuebamus. Ioannis autem sententiam Canonistæ omnes acerrimè defenderunt in cap.pastoralis,28.§.quia verò,Ext.de off.deleg. vbi iubetur ordinarius exequi sententiam à delegato pronuntiatam, quamuis ea iniquissima esset. inibíque glossa nimiam conscientiarum religionem irridens, Trepidant, inquit, timore, vbi non est timendum. pronuntient liberè, & deponant conscientiam læsam. Summum autem Canonistarum argumentum sumitur, ex l.illicitas,6. §.veritas, D.de off.Præsid. vbi Vlpianus ita scribit: Veritas rerum erroribus gestorum non vitiatur: & ideò Præses prouinciæ id sequetur, quod conuenit ex fide eorum quæ probabuntur. quasi Vlp.statuat iis verbis, Præsidem debere non animi sui sententiam, sed instrumentorum & testium auctoritatem sequi. Cetera quæ proferuntur argumenta ex c. 1. De off.ord.& 11.q.3.c. summoperè, planè absurda & nugatoria sunt, neque commemoratione digna. Minus etiam ad propositum pertinet, quod de Agellio proferri solet ex ipsius lib. XII. c.11. cùm apertè scribat, nihil se certi & explorati habuisse: tantummodò suspicione & coniectura ductum fuisse, ex eo quod petitor boni viri nomen & existimationem haberet: inficiator

verò pro improbo & perfidioſo haberetur. Quare vnum illud Ioannis argumentum ex ſuprascripto Vlpiani loco conſiderabimus. In quo illud primùm animaduertere oportet, in Florent.libris non GESTORVM legi, ſed GESTARVM, quaſi Vlp.dixiſſet, Veritatem geſtarum rerum nullis erroribus vitiari. Quod vt cuiuſmodi ſit intelligatur, illud ſcire oportet, Geſtorum nomine duo ſignificari: primùm res adminiſtratas, & (vt ait textus) ſine verbis factas. l. Labeo, 19. D. de verbo. ſign. & quaſi pro facto. l. licet, 58. D. eod. Atque hoc eodem modo Pedianus Fidem geſtorum dixit, Verr. III. Hoc, inquit, comminiſcitur Cicero, vt credamus veram fuiſſe ſecundam actionem, quæ ſecundum veram geſtorum fidem, non dicta, ſed ſcripta eſt: id eſt ſecundum rei geſtæ veritatem. Secundò Geſtorum nomen interdum pro actis & inſtrumentis vſurpatur. vt in l. iubemus, 14. §. iis quoque, C. de ſacroſ. eccl. Iis quoque iudicibus, vel iis geſtorum habentibus, qui huiuſmodi contractuum geſta confecerint, dignitatis & bonorum ſpoliatione damnandis. & l. vlt. C. de re iudic. l. properandum, 11. §. 1. l. vltim. C. de iudic. l. nemini, 11. C. de aduoc. diuerſ. iudic. quemadmodum alio quoque loco in eandem ſententiam ſcribitur, In contractibus rei veritatem potius, quàm ſcripturam perſpiciendam eſſe. l. 1. C. plus val. quod ag. quod idem in legibus ſeqq. inculcatur. Cicero Verr. III. Volumen eius rerum geſtarum maximum illi oſtendit. Quantum igitur ad priorem ſignificationem, non dubium eſt, quin ille Vlp. locus nihil pror-

ſus ad propoſitam quæſtionem, aut ſententias iudicum ex animorum ſententia moderandas pertineat. ſed potius ad eos in officio probationum & teſtimoniorum ponderandorũ continendos valere. quantum autem ad ſecundum, ſententia hæc Vlpiani eſſe poſſit, Præſidis officium eſſe, non tam inſtrumentis (quæ vitioſa & falſa eſſe poſſunt) quàm rei veritate moueri. Ibi autem veritatem ex iis quæ probabuntur, perſpici. Sed de propoſita quęſtione dicendum eſt: in qua diſtinctione vtendum videtur: vtrum ambigat tantùm iudex, vt in cauſſa obſcura, an errorem vel falſitatem perſpiciat. Nam priore caſu, ex æquo & bono cauſſam quam lædi putabit, adiuuare poterit. l. 1. C. vt quæ deſ. aduo. part. ſupplẽdo, & proferendo quæ minus erunt à partibus eorúmque aduocatis probata. Itémque iuramento alterutri deferendo. Solent enim Iudices in dubiis cauſſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare qui iurauerit, ait l. admonendi, 31. D. de iureiu. ac ſæpe iudices non continuò actore non probãte reum abſoluunt, ſed in probationum inopia iuramentum deferunt. l. tertia, C. de reb. dub. Cicero de Off. 1. Bene pręcipiunt qui vetant quicquam agere, quòd dubites æquum ſit an iniquum. æquitas enim lucet ipſa per ſe: dubitatio autem cogitationem affert iniuriæ. Si autem bonam cauſſam falſitate aliqua vel inſtrumentorum, vel teſtium lædi videant, quoniam hîc de conſcientia & iudicum religione agitur, qui prout religio ſuggerit, ſententiam proferre iubentur, l. eum quem, 79.

D. de iudic. religiosius facturos iudices arbitrarer, siquidem huiusmodi sunt, vt ab iis prouocatio sit, si se ab eo iudicio abstineant: atque adeò, si verè id possunt, testes si liberè in ea lite, ac præsertim in criminalibus caussis præbeant. Nam si ab eorum sententia appellaretur, non ea fortasse superior videret quæ illi perspexerant. Sinautem prouocatio ab iis nulla est, tum quia litigatores fidei se ac potestati ipsorum commiserunt, arbitror & diuino & humano iuri consentaneum esse ex animi sententia, religione & conscientia pronuntiari. arg. dicta l.3. & l. quæsitum, 13. D. de testib. præsertim si non ex formula, sed ex æquo & bono, ac proinde ex arbitriò iudicent. vt apud Senecam lib. de Clement. 2. Clementia, inquit, liberum arbitrium habet, non sub formula, sed ex bono & æquo iudicat. & absoluere illi licet, & quanti vult æstimare litem. Quod verò de testimonio diximus, cautius facturum iudicem, si iudicare supersedeat, ac sese testem præbeat, confirmatur exemplo Scipionis Africani, de quo Cicero in Cluentiana his scribit verbis: Non enim mihi exemplum summi & clarissimi viri P. Africani prætereundum videtur, qui cùm esset Censor, & in equitum censu C. Licinius sacerdos prodiisset, clara voce, vt omnis concio audire posset, dixit, se scire illum verbis conceptis peierasse. siquis contrà dicere vellet, vsurum esse eum suo testimonio. deinde cùm contrà nemo diceret, iussit equum traducere. Et hoc idem tradunt Valer. Max. libr. 4. c. de animi moderat. & Quin

& Quintil.5.c.11.Liuius libr.3. Cùm Decemuiri ſine prouocatione creati eſſent, defoſſo cadauere domi apud P. Seſtium, Patritiæ gentis virum, inuento, prolatóque in concionem, in re iuxta manifeſta, atque atroci C.Iulius Decemuir diem Sextio dixit, & accuſator apud populum extitit, cuius rei iudex legitimus erat: deceſsítque iure ſuo: vt demptum de vi magiſtratus populi libertati adiiceret.

## QVÆSTIO XXVIII.

*An iudicandi munus iuris et legum imperitis mandari poſſit.*

IVſtinianus quidem in Nouell.82.multis verbis diſputat pernicioſum eſſe, iuris ac legum imperitos ad iudicãdi officium adhiberi: quamuis aliunde iuris eius quo de agitur, peritiam mutuari poſſint. propterea quòd ab ſe illam potius ſumere quàm aliunde corrogare debeant. Præterea ſatis conſtat, ſententiam contra ius ciuiles & conſtitutiones Principum prolatam nullius eſſe momenti.l.2.C.quand.prouoc. non eſt nec. vbi iuris imperitus pronuntiarat teſtamentum ab impubere factum ratum eſſe. Facit l.non quicquid,40. D.de iudic.l.Præſes,27.l. cum prolatis,32. D.de re iudic. Quod ſi dolo malo contra Principum conſtitutiones ſententias pronunciauerint, lege Cornelia de falſis teneri.l.1.D.ad leg.Corn.de ſalſ. Quinetiam dubitatum fuit in l.1. C.ad leg. Iul.maieſt. an læſæ maieſtatis tenerentur. Vt meritò videri poſſit,

non modò literarum ac disciplinæ alicuius, verumetiam iuris cognitionem exquiri, ne in illa crimina incurrant, si tanquam cæci de colorib. iudicent. Tertiò, cùm officium Iudicis sit, non modò quæ sua sponte litigatores afferunt audire, verùm etiam ab illis ecquidnam certis de rebus pro se afferre ac respondere velint, exquirere, l. iudices, 9. C. de iudic. quomodo iuris & legum imperitus interrogationes illas adhibere poterit? de quib. etiam mentio fit in l. pen. D. de interr. act. Quartò nullius momenti sententia est, nisi per ipsum Iudicem de scripto recitato sit: quamuis eam illustribus per officiales suos recitare permittatur. l. 3. & l. vlt. C. de sent. ex peric. Ex contraria verò parte ita disputari potest. Primùm satis constat, in ipsa ciuitate Romana, vbi summam Iurisconsultorum dignitatem fuisse certum est, tamē iudicia non à Iurisconsultis, sed plerunque ab Equitibus (quorum plerique publicani erāt) Tribuníque ærarij exerceri solita fuisse. quod ex Verrinis & Asconio & legibus iudiciariis notum est. Quinetiam Cicero Philipp. 1. & 5. testis est, Antonij lege iudiciaria cautum fuisse, vt tertia Iudicum centuria fieret è centurionibus, antesignanis, alaudis, manipularibus. Sed & in Gallia nostra annis ab hinc circiter trecentis non erant, verùm etiam plerique illiterati esse solebant. quinetiam Reges ipsi caussas priuatas disceptabant, vt in Francogallia nostra demonstrauimus.

Præterea nemini ignotum est, Romæ apud

Cent

Centumuiros de priuatis controuersiis omnib. disceptatum fuisse. Iactare se in caussis Centumuiralibus (inquit Cic. de Orat.1.) in quibus vsucapionum,tutelarum,gentilitatum,agnationum, alluuionum, circunluuionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarúmque rerum innumerabilium iura versantur,&c. Multos autem in eo numero à iuris disciplina & studio alienissimos considere solitos,vel ille Ouidij versus argumento est, lib. de Ponto 3.*Vtque fui solitus,sedissem forsitan vnus De centum iudex in tua verba viris.*vt omittam quod omnibus notum est, Iudices Romæ non ex doctrina, sed ex sensu fieri solitos: auctore Plin.lib.14.c.1. Similiter Agell.lib.14.c.2. scribit, se hominem adolescentem à Poetarum fabulis,& à Rhetorum epilogis à Prætoribus in iudicum numerum allectum fuisse,confestímq; libros de officio Iudicis sumpsisse: vt quoniam vocis viuæ copia deerat, ex mutis magistris officium suum cognosceret. Tertiò satis constat, more Rom. comparatum fuisse,vt qui Recuperatores à prætoribus dabantur, plerunque iuris imperiti darentur,cum eo tamen,vt à Iurisconsultis consilium exquirerent, vel ad eos scripta & obsignata Iurisconsultorum responsa deferrentur. Cuius rei præclara in Orat.pro Cæcina documenta videre licet.quartum argumentum sumi potest ex l. pen. C. de iud. vbi Iustin. statuit, vt etiam militaribus hominibus iudicandi munus mandetur,qui tamen armorum non iu-

ris ſtudio dediti dicuntur in l.vlt. C.de iur.delib. Itaque magiſtri militiæ inter militares homines cauſſas etiam ciuiles diſceptabant. l.magiſteria,6. C.de iuriſdict. l.vlt. in princ. De re milit.l.2.C.ſi à non compet.iud.l.1.& paſſ.C.de offic.magiſt.mil.quintò videmus in l.eũ quem, 79.§.1.D.de iudic.exemplum dati iudicis,qui de eo iure quod agebatur, eum à quo datus fuerat conſulebat: quippe, cùm ipſius imperitus eſſet. Sextò,cùm textus in l.1.§.quamuis.D.de poſtul. & l. cæcus, 6. D. de iudic. indiſtinctè ſtatuunt, etiam cęcum officio iudicis fungi poſſe:non diſtinguemus vtrum caſu cæcus factus ſit (vt App. Claudius qui ſententiam in Senatu dicebat) an verò natura,vt nunquam literas didicerit.Non enim corporis,ſed mentis cæcitas iudicandi facultatem adimit:veluti impuberibus, id eſt minoribus annis XVIII. l.cùm Prætor,12.§.1. D.de iud.iuncta l.quidam conſulebat,57. D.de re iudic. quanquam natura cæcum, iure ciuili multíſque aliis artibus erudiri poſſe nemini dubium eſt. Septimum ex eodem argumento ſumitur. nam negotiorum adminiſtratio etiam imperitis literarum mandari poteſt.§.3. De excuſ. tut. non modò priuatorum, quantumuis grauium,cuiuſmodi eſt tutela.l.6.in fin. D.de excuſ. verumetiam publicorum,vt decurionatus.l.expertes,6.C.de decur.Quod ſi ex iuris noſtri ratione diſputandum eſſet, videri poſſet diſtinctionem adhiberi oportere, Vtrum iudex maior ſit an pedaneus. quæ diſtinctio memoratur cùm aliis locis innumeris, tum præſertim in l.

prop

properandum, 11. C. de iud. Nam si maior est, quoniam assessores adhibere in consilium potest, qui plerunque de corpore iuris studiosorum sumebantur, l. 2. D. quod quisque iur. ita puto eum iudicis officio fungi posse, dum tamen illos adhibeat. Sin autem iudex esset pedaneus, tum ita demum adhiberi literarum imperitum posse, cùm à Iurisconsultis consilium expetisset. Nam Romanæ ciuitatis hanc fuisse consuetudinem, superius diximus: ídque Imperatorum constitutionibus confirmatum fuisse patet ex §. responsa, D. iur. nat. gent. & l. 1. C. TH. de resp. prudentum. vbi tanta illorum responsorum erat auctoritas, vt Iudici ab illis recedere non liceret. l. 2. in fin. D. de orig. iur.

## QVÆSTIO XXIX.

*An, & quibus casibus, pluribus concurrentibus actionibus vti liceat.*

ARdua, multiplex, & confragosa quæstio est: sed ordinem & lucem adhibebimus. Quoties (inquit Vlpian.) concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, vna quis experiri debet. l. nemo, 43. D. de reg iur. quam sententiam in rerum quidem vindicationibus verissimam esse video, propter l. 3. l. 5. l. 6. l. 7. D. de excep. rei iud. sed actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, inquit Paulus, quòd cùm eadem res ab vno eodem mihi sæpius debeatur (sic enim legendum arbitror) singulas obligationes singulæ caussæ sequuntur. nec vlla earum

alterius petitione vitiatur. at cùm in rem ago, non expressa caussa, ex qua rem meam esse dico, omnes caussæ vna petitione apprehenduntur. neque enim amplius quàm semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. l. & an eadem, 14. §. 2. D. eod. Et huc pertinet, l. nunquam, 130. infrà eod. nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit: vt scilicet de personalibus tantùm intelligatur. Itaque cùm eidem res eidem & ab eodem duplici de caussa & obligatione debetur, non modò post vnius actionis damnationem altera vti licebit, l. Aurelius, 28. §. vlt. D. de lib. leg. & in l. Lucius. 93. §. 1. De legat. 3. verùm etiam post vnius victoriam altera insuper vti permittitur. l. si is qui, 18. D. de obl. & act. l. non est nouū, 10. D. de act. empt. Quinetiam non modo diuersam actionem licet instituere, sed interdum etiam eandem instaurare, ac referre certis tamen de caussis: veluti ob iustum errorem. l. habitat, 13. D. de inst. act. l. 1. §. vlt. D. quan. de pecul. l. 4. §. vlt. D. quod cum eo qui in al. Item cùm exceptio in priore iudicio temporalis fuerat, vt d. l. 1. §. vlt. Quand. de pec. & l. qui cum herede, 15. D. de obl. & act. item cùm generalis actio priùs certis de rebus instituta est, iterúmque de aliis rebus refertur. l. 2. C. de iud. Vbi tamen duæ competunt personales actiones, quarum vna eadémque vtriusque vis est, altera per alteram consumitur, siue ex contractu natæ sint, l. pro socio. 38. §. 1. D. pro soc. & l. generaliter, 5. D. de fideiuss. l. quod in herede, 9. §. 1. D. de tribut. d. l. non est nouum, 10. in

fin.

ſi.D.de act.empt.ſiue partim ex contractu, partim ex delicto, l.qui ſeruum,34. §.ſi is cui,D.de obl. & act. l.in rebus,18. §.ſiue autem, D. commod.l.ſed etſi, 18.D.ad leg.Aq.l.1.§.pen.l.2.§.1. De tut.& rat.diſt.l.ſed actione,5.D.pro ſoc.NIhil autem aduerſatur l.ei qui, 9. D. de furt. vbi vindicatio & condictio eiuſdem furti nomine, niſi à Iudice prouideatur, competunt: partim quia nominatim pręceptum tradidimus de duabus perſonalibus: partim quia non vnius rei nomine ambæ competunt: quoniam illa dominij, hæc furti cauſſa in odium furum conceditur: partim etiam quia Pomponius ait, vitium iſtud ſummi iuris iudicis officio corrigendum eſſe, quòd vſu obtinuiſſe patet ex l. 1. C. de re iud. Cùm igitur hæc ita ſe habeant, neceſſe eſt, hanc regulam propriè ad actiones in rem reſtringere, niſi fortè agendi initium, hoc eſt, formularum coniunctionem ſpectemus, vt oſtendat duas ſimul intēdi actiones non poſſe. Cuius rei teſtimonium eſt in l.1.§.2. D.qu.legat.l.plura,53.D.de oblig. & actionib.l.cùm filius.76.§. 1.De legat.2. Verùm haud ſcio, an ſatis ea ſententia dilucidè & commodè his verbis ab Vlpiano concepta ſit. Notandum eſt autem quod addidit, VNIVS REI NOMINE. Nam variarum rerum nomine varias ſimul actiones edi poſſe conſtat, ex l.ſi idem.11. D.de iuriſd. l.& hæc diſtinctio,35.§.1. D.locat. l.quod in herede, 9.§. 1. D.de trib. Itaque cautio adhibenda eſt in l.interdum,56.D.de furt. vbi Iulianus ſcribit interdum cum fure ſæpius eiuſdem rei nomine furti

agi posse,veluti si res in domini potestatem redìisset,& idem eandem subripuisset. Ibi enim vnam rem propriè Iulianus appellat, & à facto distinguit,cùm in plerisque superiorib. rei nomine factum & delictum intelligamus. Nihil autem huc pertinet l.contra maiores, 16. D. de inoff.test.vbi duplex dicitur aduersus testamentum actio institui: prior, non esse iure perfectũ:altera,esse inofficiosum.nam Actionis verbum eo loco impròpriè vsurpatur pro intentione, cùm de iniusto testamento actio nulla sit: sed incidens tantùm quæstio esse soleat in hereditatis bonorúmve possessionis petitione. l.1.C.de ord.iud. Quantum autem ad personales actiones attinet, disputatio tripartita est. Aut enim omnes rei persecutoriæ sunt, aut omnes pœnales, aut partim rei, partim pœnæ persecutoriæ. Cùm omnes rei persecutoriæ sunt, iam suprà dictum est, omnibus vti licere: nisi fortè omnium eadem vis & efficientia sit. Dum omnes pœnæ persecutoriæ sunt,tunc aut plura & facta & delicta sunt. neque dubitatur, quin singulis factis singulæ actiones pœnæque debeantur, siue vnus ea fecerit (l.interdum,56. D.de furt.l.illud quęsitum.32.§.1.D.ad leg.Aq.) siue plures deliquerint: tum enim plura delicta sunt, & à singulis solida pœna debetur. l.item Mela,11.§.2.D.ad leg.Aq.aut verò vnum & factum & delictũ est: cuius vnius caussà plures competunt actiones, veluti arborum furtim cæsarum. quo casu Vlpianus quidem scribit aliam ab alia non consumi.l.pen.D.de ob.& act.
(vbi

(vbi tamen considerandum est, an pro DE EADEM PECVNIA, legendum sit, DE EODEM PECCATO : quod tamen non affirmo ) sed Pauli interpretatio adhibenda est : iudicis partes fore, vt quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus, nihil consequatur. Sic enim legendum esse constat in l. quoties, 41 D. eod. Eiúsque rei exemplum est in l. 1. & l. pen. D. arb. furt. cæs. l. 1. D. vi bon. rapt. l. 1. §. 2. D. de public. Itaque necesse est interpretar l. 1. cùm ex vno, 32. D. de obl. & act. vt omnibus quidem experiri permittatur ipso iure, sed per exceptionem & iudicem superiores actiones excludantur : cùm singulis delictis non plures, sed singulæ tantùm pœnæ debeantur. l. in senatus, 15. §. 1. D. ad Turpil. Itaque video verbum consumi expositum in l. item si cum, 14. §. eum qui, D. quod met. causs. Denique hoc significat Vlp. in l. 1. §. pen. D. de tut. & rat. dist. his verbis, VT QVIS dicat plures esse actiones eiusdem facti. Non igitur Hermogenianus in d. l. cùm ex viro, 32. opponendus est Paulo in d. l. pen. De obl. & act. cùm vtrobique concordissimè de vno facto & delicto respondeant. Aut vnius facti plura delicta sunt : veluti siquis seruum surripuerit, flagellis cæciderit, occiderit. qua de re variè à Iurisconsultis disputatum, patet ex l. qui seruum, 34. D. de obl. & act. eiúsque varietatis vereor ne vestigia extent in l. 2. D. de priua. delict. l. faciendæ, 8. §. 1. D. de arb. furt. cæs. l. Neratius, 11. §. 2. D. de ser. cor. l. si stuprum, 25. D. de iniur. l. inter liberas, 6. D. de adult. l. seruum, 27.

D.ad leg.Aq.§.vlt.D. si quadrup.l.1.§.pen. & l. 2.§.1.D.de tut.& rat.dist.l.vulgaris,21.D.de fur. l.pater,41. D.de iniur. vbi singulis delictis singulæ pœnæ imponuntur : sic, vt altera alteram non consumat.quod tamen contrà constitutum video,in l.qui seruum,34.&l. plura,53.D.de ob. & act.l.dominium.8.C.eod.l.pen.§.vlt.D.naut. cau. stab. Aut quædam pœnæ, quædam rei persecutoriæ sunt, quo casu necessaria distinctio est. nam si pœnalis mera est, neutra consumitur. Itaque furti actio condictionem non impedit. l. si pro fure,7. §.1. D. de cond. furt. vt nec depositi actionem, l. si sacculum, 28. D.depos. neque locati, l. si locatum, 42. D. locat. neque pro socio.l.rei communis,45.D.pro soc.Mouet dubitationem l. si is cui, 71. D.de fur. sed nulla controuersia est ( quod etiam vidit Accursius ) quin eo loco furti actionis nomine condictio contineatur, vt in l.cùm furti,9.D.de in lit.iur. quod eodem modo respondendum est ad l.3.§. vlt.D.naut.caup.stab. vt Furti actionis nomine vtraque comprehendatur,& pœnalis & condictitia. Sin autem mixta pœnalis est,tum alterutra consumitur.Nam & actio rationibus distrahendis condictionem furtiuam tollit.l.2.§.1.D. de tut.& rat.dist.itémque actio vi bonorum raptorum. l. siue manifestus, 10. §. 1. D. de cond. furt.iuncto §.1.Inst.vi bonorum rap. item actio de calumniatoribus. l. in heredem,5. §.1. D. de calumniator. quod idem puto de actione serui corrupti,in l.Neratius,11.§.2.D.de seru.corr.Sic actio quòd metus caussa rei vindicationem exting

tinguit, l.metum,19. §.licet. D.quod met.cauſ. Sic actio legis Aquiliæ commodati actionem conſumit.l.vnde quæritur,7.& l.in rebus,18.D. comm. conſumit & actionem pro ſocio. l. ſed actione,50.D.pro ſoc. Sed hæc illam non conſumit: niſi quatenus plus in hac quàm in illa eſt. l.qui ſeruum,34. in fin. D.de obl.& act. vbi ſine dubio legendum eſt, VERIVS EST REMANERE, quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum habet. Itaque accipiendam arbitror, l.2. §.1. D.de priuat.delict. vt furtiua quidem condictio non conſumat legis Aquiliæ actionem: ſed hæc illam conſumat, ſi prius inſtituta ſit, quæ regula in omnibus ſuperioribus tenenda eſt. Et ad huius pœnæ legitimæ inſtar idem inductum eſt in pœnas conuentionales.l.prædia, 28.D.de act.empt.l.4.§.Labeo, de dol.except.

---

## QVÆSTIO XXX.

*Naturalis interitus rei poſt moram accidẽs, vtrum ad actorem, an ad reum pertineat.*

VEtus & ardua quæſtio eſt, Ad quem naturalis interitus rei poſt moram accidens pertineat: vtrúmne ad actorem, an ad reum. Et ne perpetuò Martinos & Ioannes loquamur, à quibus primum vexata hæc quæſtio creditur: dicimus, eam inter Sabinianos & Proculianos iam olim agitatam fuiſſe, ídque in vtroque actionis genere: hoc eſt, & perſonalis & realis. Prius autem de perſonali diſſerendum eſt. Ac diſſenſionis quidem illius teſtimonium extat in l. ſi

plures,14.§.vlt. D.depos.vbi Caius testatur Sabinum & Cassium statuisse,naturalem depositæ rei interitum ad actorem pertinere:id est, cùm res apud actorem omnimodo interitura fuerat,quemadmodum apud debitorem sua sponte interiit.Sabino,Cassio & Caio video apertè astipulari Paulum in l.si homo,8.D.de re iudic. vbi non de deposito, sed de stipulatu loquens, perspicuè statuit, homine post litem contestatam mortuo,debitorem in fructus tantummodo damnandum esse:Planiúsque lex illa intelligetur ex coniunctione l.vtique,16.D.de rei vindic. quæ eiusdem est auctoris. Et tamen video eundem ipsum auctorem Paulum in l. electio, 26. § si is quem. D.de nox.act. scribere, dominum qui in accipiendo noxali iudicio moram fecit,homine mortuo non liberari: si dolo desierit possidere,liberari.quod tamen (si quidem existimationi Pauli consulere volumus) non de re principali,sed de ipsius fructibus,accessione, & caussa intelligendum erit. ex dicta l.vtique,& l.cùm fundus,31.D.de rebus cred.& l.quæsitum, 91.§.vltim.de legat.1.Atque hæc quidem de Sabinianorum sententia, nunc de Proculianica videamus. Primùm igitur prodeat Pomponius qui in l.si in Asia,12.§.vltim.D.deposit.generaliter scribit, quod ex stipulatu, ex testamento, ex deposito debetur,si post acceptum iudicium interierit,debitoris damno interire.quod idem planissimè confirmat in l.quod te, 5. D.de reb. cred.& l.si ex legati,23. D.de verbor.obligat.idem apertissimè tradit Africanus in l.si seruus,

108. §. si seruus legatus. D. de legat. prim. vbi scribit, seruum legatum post moram ab herede commissam heredis periculo viuere. Idem quoque Scæuola in l. si pupillus, 127. D. de verbor. obligat. Et rursus Vlpianus in l. nemo, 82. §. primo, D. de verbor. obligat. vbi ait, promissorem hominis, mortuo post ipsius moram homine, nihilominus teneri. moram autem etiam fecisse videri, qui litigare maluit quàm restituere. quod idem confirmat in l. si duo, 16. §. secundo, D. de pecun. const. vbi ait, etiamsi per rerum naturam steterit, tamen debitorem qui in mora est, teneri. Itémque in l. cùm res, 47. §. vltim. D. de legat. prim. Quid? Paulus quatam in sententia est? Cùm filiusfam. inquit, Stichum dari spopondit, & cùm per eum staret quominus daret, Stichus decessit: datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. l. cùm filius, 49. D. de verbor. obligat. Non igitur omnimodo teneri filium affirmat, sed quadantenus duntaxat. quod ego propter Pauli existimationem, & ne pugnantia loqui videatur, interpretor de caussa, accessione, & fructibus: non autem de homine ipso. iuxta dicta l. si homo, & dict. l. vbique. Sequitur vt de in rem actionibus videamus, in quibus Proculianorum hæc fuit sententia, vt naturalis rei interitus post litem contestatam ad possessorem pertineret: Cassianorum contrà, vt ad actorem. l. illud quoque, 40. D. de hered. petit. vbi Paulus tanquam arbiter honorarius ita controuersiam illam dirimit, vt Sabinianorum sententia in

bonæ fidei poſſeſſore, Proculianorum, in prædone locum habeat. Et hanc rationem ſubiungit, ne bonæ fidei poſſeſſor, propter metum huius periculi, temerè indefenſum ius ſuum relinquat. huiuſce Pauli ſententiæ alibi quoque teſtimonium extat, hoc eſt, in l. vtique, 16. D. de rei vindic. vbi ait, poſſeſſorem interempta re de fructibus tamen & partibus teneri. non enim poſt litem conteſtatam vtique & fatum præſtare debere. Quod cùm ita ſit, conſentaneum eſt, alterum Pauli locum hoc eodem modo interpretari in l. de eo, 12. §. ſi poſt, D. ad exhib. vbi ait, poſſeſſorem interdum damnandum eſſe in id quod actoris intereſt. præſertim autem ſi apud actorem peritura res non fuerat. vt ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, liberetur: ſin malæ, condemnetur. Contrà verò Vlpianus in l. item ſi, 15. §. primo, D. de rei vindic. iſtam Sabinianorum & Proculianorum diſſenſionem ſignificans, Si ſeruus, inquit, petitus demortuus ſit, pretium non eſſe præſtandum plerique aiunt (hoc eſt, Sabiniani) ſed eſt verius, ſi fortè diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet, moram paſſo debere præſtari. nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & pretium eſſet lucratus. Atque hæc quidem ita ſe habent, extra quàm in duobus caſibus, hoc eſt in furto, & violenta poſſeſſione. nam his caſibus omnium conſenſu receptum fuit, vt rei interitus ſemper ad moratorem pertineret. Itaque interpretor quod ait Vlpianus in l. inter omnes, 49. De furt. Inter omnes conſtat, etiamſi extincta ſit res furtiua, attamen furti man

ti manere actionem: id eſt, inter Sabinianos & Proculianos. De vi autem idem teſtatur in l. prima, §. rectiſſimè, D. de vi, & vi arm. & Iulianus ac Tryphoninus in l.merito,19. D.eod. Neque obſtat l.item ſi, 14. §. quid ſi homo, D. quod met.cauſſ. quoniam ibi agitur de tempore ad iudicatum faciendum permiſſo: quo tempore moram non committi conſtat. Vnde ex contrario ratiocinari licet, interitum rei qui ante rem iudicatam euenit,ad ipſum pertinere. Hæc cùm ita in libris noſtris eſſent tradita, exorta eſt inter Martinum & Ioannem diſputatio, An interitu rei poſt moram accidente debitor liberetur. Nam Martinus diſtinguendum eſſe aiebat inter naturalem, & eum qui debitoris culpa eueniſſet: vt naturali liberaretur:alterum præſtare deberet. Ioannes contrà indiſtinctè omnem interitum periculo debitoris eſſe. Ioannis ſententiam Bartholus innumerabiléſque alij ſequuti ſunt. hac vna de cauſſa, quia fur & morator æquiparantur in l. inter ſtipulantem,83.§.penult.D.de verbor.obligat. Sed non ſi vna aliqua in re comparantur, iccirco in omnibus comparandi ſunt. Præterea tantum abeſt,vt omnis morator fur ſit,vt ne malæ quidem fidei poſſeſſor omnimodo fur eſſe intelligatur. Nam fur eſt,qui inuito domino rem alienam lucri faciendi cauſſa contrectat. At malæ fidei poſſeſſor rem quam alienam eſſe ſcit, occupare poteſt, non tamen interuertendi animo. Quoniam igitur verum eſt,eum qui litigare quàm reſtituere maluit, moram commit-

tere, dicta l. nemo, §. primo, D. de verbor. obligat. absurdum videtur, hanc quæstionem ab illa superiore. præsertim separare. præsertim cùm in plerisq; eorum locorum quos superius commemorauimus, non præcisè de lite contestata, sed infinitè de mora & moratoribus agatur. Quòd si remotis Iurisconsultorum disputationibus ipsam rei æquitatem spectare volumus, non absurdè fortasse ita definiemus: vt non omnem moratorem eodem loco habeamus: sed eum qui bona fide cunctatur, ab eo qui frustrator est, distinguamus. Cunctatorem dicimus eum, qui iustam se recusandi caussam habere putat: Frustratorē, qui mala fide recusat. l. sciendum, 21. & l. sequent. D. de vsur. Illum naturali rei interitu liberari, siue statim actor eam venditurus erat, siue non: hunc verò, non liberari. & hanc suæ malæ fidei ac frustrationis pœnam esse oportere, siue statim actor eam venditurus fuerat, siue non.

---

## QVÆSTIO XXXI.

*An pendēte iudicio petitorio, agi possessorio liceat.*

PEruulgata quęstio est, An qui vindicare rem cœpit, mutato consilio agere interdicto Vti possidetis possit, de qua tractatur ab Vlp. in l. naturaliter, 12. §. 1. D. de acq. poss. Dubitandi autem caussa ex eo intelligitur, quòd finis vindicationis, est Restitutio: interdicti autem, Retentio. vnde Retinendæ possessionis interdictum appellatur in l. prima, §. 3. D. vti possid. quare

pug

pugnantia postulare videtur, qui rem sibi restitui, & eandem sibi seruari postulat. Finem autem vindicationis esse restitutionem, vetus ipsius formula declarat, Si pateret fundum Capenatem P. Seruilij esse, neque eum Mæuius restituat, tum Mæuius quanti ea res erit, damnetur. Cuius formulæ testimonium extat in Ver. IIII. & in l. præterea, 20. l. qui restituere, 68. D. de rei vindic. Hinc constitutum est, primùm vt is qui destinauit rem petere, animaduertere debeat, an aliquo interdicto possessionem nancisci possit. l. is qui destinauit, 24. D. eod. Nam possessio non vindicatione, sed interdicto petitur. l. tertia, §. est autem, & §. si mecum, & §. sequent. D. ad exhib. item vt litigatores ipsi inter se placidè statuant, vter illorum possessor sit. l. prima, §. inter, D. vti poss. Denique vt in vindicatione instituenda prius interrogare reum liceat, an possideat. l. qui petitorio, 36. eod. & l. 1. §. 1. D. de interr. vt si neget, actor ad se possessionem transferat, quamuis suam esse rem non probauerit. l. vlt. D. de rei vind. Hinc illud est quod scribitur in l. inter litigantes, 62. D. de iud. & §. retinendę, De interd. petitoriam actionem institui non posse, nisi antè exploratum fuerit, vtrius litigatoris possessio sit: quia & ciuilis & naturalis ratio facit, vt alius possideat, & alius à possidente petat: deinde in l. actionum, 25. D. de obl. & act. In rem actionem esse, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, & semper aduersus eum esse, qui rem possidet. Item in l. 1. §. interdictum, D. vti poss. actionem

nunquam vlli possessori dari. ei nanque sufficere quod possideat: postremò in l. officium, 9. D. de rei vind. officium iudicis in ea actione esse, vt inspiciat an reus possideat: quasi si actor possideret, iudicium omitti oporteret. quò eodem pertinet l. prima, C. vbi in rem act. & l. exitus, 55. D. de acq. poss. Quæ cùm ita sint, repugnare hæc videntur, fateri aduersarium possidere, & nihilominus petere, vt sibi possessionem retinere liceat: non videri possessioni renuntiare, qui rem vindicauit. Quid enim per rei vindicationem restituitur? non certè proprietas, quam actor suam esse intendit, sed possessio. ídque non ex actionis formula, sed ex iudicis officio. l. qui restituere, D. de rei vind. ex quo intelligi potest, per rei vindicationem aliud peti, aliud restitui. nam petitur tantùm vt sua res esse pronuntietur: possessio non petitur. neque enim vindicari possessio potest. dicta l. tertia, D. ad exhib. sed tamen restituitur. Ad hanc quæstionem quod alij attulérunt, vidi; quod mihi dubitationem adimeret, nondum vidi: vereórque (vt ingenuè fatear) ne plerunque in iis qui consultò inter se dissentiunt conciliandis, nimium ingeniosi esse velimus. Cui enim obscura esse potest Proculianorum & Sabinianorum contentio, an eiusdem rei duo possessores esse possint? cùm hi affirmarent, vnum naturaliter, alterum ciuiliter: vnum iustè, alterum iniustè possidere posse. illi verò negarent. l. 3. §. ex contrario. D. de acq. poss. l. 3. D. vti poss. l. & habet, 15. §. 4. D. de precar. Qua ex contentione altera illa inter

inter eosdem nata est, An etiam aduersus depositarium & commodatarium & similes vindicatione agi possit. l.officium,9. D.de rei vin. vbi Vlpian. Sabinianos sequutus, affirmat agi posse: cùm id Pegasus negaret. In eadémque sententia Papinianum esse video, qui in l.cùm fundum.18.§.1.D.vnde vi, scribit:eum qui fundum vindicauit,pendente iudicio,nihilominus interdicto vnde vi agere posse.Sed alia in contrariam partẽ iuris ratio est. Nam Paulus (quem ab Vlpian. hac in re, item vt in plerisque aliis, dissensisse arbitror) affirmat eum qui interdicto agere de possessione cœpit, postea in rem agere nihilominus posse: quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.l.& an eadem,14.§.1.D.de except.rei iud. Eiúsque rei ratio perspicua est. non enim qui possessionem petit, continuò proprietati renuntiat. Vnde illud Quintil.lib.7.cap.5. Vt in sponsionibus, inquit, quæ ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quæstio, sed tantùm possessionis: tamen non solùm possidere nos sed etiam nostrum possedisse docere, oportebit. At ex contrario (si quidem ex Proculianorum sententia constituamus, duos eiusdem rei possessores esse non posse) difficile dictu est, non eum qui rem vindicat possessioni renuntiasse: fieri, inquam, non potest, vt ei possessionem Iudex restitui iubeat, qui eam habebat: nisi ex Cassij, Sabini, Papiniani, & Vlpiani sententia dicamus, alium naturaliter, alium ciuiliter, alium iniustè, alium iustè, possidere. quam solam huius soluendæ

quæstionis rationem esse arbitror. quanquam ad illum Quintiliani locum illud prætermittendum non est, sed diligenter obseruandum, non esse verisimile ante Constantini legem, proprietatis& possessionis caussam vno eodémque iudicio disceptatam fuisse, l. nulli prorsus, 20. C. de iud. cùm neque eadem res neque eadem caussa sit: & Iudex alia de re quàm de qua postulatus fuisset, cognoscere non posset. l. vt fundus 18. D. com. diu. Superest quæstio perdifficilis, In petitione possessionis quasi vi ereptæ, vtrum priùs de vi, an de possessione quæri oporteat. Nam, si quidem ciuiliter agatur, de vtraque vno & eodem iudicio transigitur: quoniam eadem & res & caussa est: sin autem criminaliter, difficile dictu est, non pugnare inter se. l. 1. C. de appell. l. si quis, 7. C. ad l. Iul. de vi publ. quæ priùs de possessione quàm de crimine cognosci statuunt, & l. 5. §. 1. D. ad leg. Iul. de vi pub. & l. si de vi, 37. D. de iud. quæ priùs de crimine quæri & iudicium fieri sanxerunt.

## QVÆSTIO XXXII.

*An totius & partium idem ius sit quod vniuersitatis & rerum singularum: aut quibus inter se rebus differant.*

MVltis quidem in rebus totum & vniuersitas ita conueniunt, vt paria & penè gemina videãtur. Nam primùm omnium, vt Totum conficitur, ex partibus compactis: veluti nauis ex puppi, prora, & carina: domus, ex fundamen-

to:

to:parietibus & tecto : sic Vniuersitas ex rebus singulis inter se coniunctis : vt populus ex hominibus grex ex ouibus, armentum ex bubus. l. rerum mixtura,30.D.de vsurpat. Secundò,vt partes continentur toto,l.in toto,113.D.de reg. iur.sic res singulę Vniuerso:veluti instrumento fundi, quæcunque ad eum instruendum pertinent. l.quæsitum,12.§.sed si fundus,D.de instr. vel inst.leg. quod Arnobius lib.adu. Gent.2.sic explicat,In Toto pars est,non Totum in parte: & Vniuersitas debet attrahere portiones, non portionibus Vniuersitas applicari, eodémque pertinet l.si vnus,27.§.item si,D.de pact. Tertiò, vt Totius interitu partes subtili ratione non intereunt,teste Aristot.Top.6.quod etiam patet ex l.mortuo, 48. D.de legat.2. l.si seruus, 14.§.boue,D.de cond.furt.sic Vniuersitate perempta singulæ res non perimuntur. l.4. §. pen. D.de pecul.vbi peculio propter pecuniam domino debitam exhausto, res tamen singulæ peculiares manent, vt ad supplendum peculium noua concessione opus non sit. Quartò,sicut partibus sublatis Totum interit,teste Aristotele,eod.lib.Top.6.ita rebus singulis peremptis, Vniuersitas extinguitur:veluti grex,aut armentum peremptis capitibus.l.si grege,22.D.de legat.1.Quinto,vt Totum est vnum,sic Vniuersitas est vnum. Itaque si suppellex, aut grex, aut armentum,aut vestis, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, vnum legatum est. l.scire debemus, 29. D.de verb. oblig. ideóque vt cui Totum legatum est,partem agnoscere, partem

repudiare non poteſt, l.4. D. de legat.2. ſic cui Vniuerſitas legata eſt, quaſdam res accipere, quaſdam reiicere non poteſt. l. 2. & l. grege,6. D.de legat.2. Quinetiam Vniuerſitas hominum vnius perſonæ vicem ſuſtinet. l.mortuo,22.De fideic. Et ſi chorus aut familia legetur, perinde eſt quaſi ſinguli homines legati eſſent. leg. ſi chorus,79.D.de leg.3.&qui carrucam vel lecticam commodauit, non rectè ſingulas res commodati actione repetet. l. in commodo, 17. §. pen. D. commod. Sextò vt pars Toti derogat, ſic res ſingularis Vniuerſitati. Quod Iuriſconſulti ſic enunciant, In toto iure generi per ſpeciem derogatur.l.80. De reg.iur. veluti, ſi cum Titio penum omne legatum eſſet, Mæuio poſtea vinum legetur, Mæuio vinum debebitur. l.2. D. de trit. vin. & ol. Item ſicuti peculium legatum eſt, dein vicarius liber eſſe iuſſus, vel alteri legatus eſt, ſingulare legatum vniuerſali detrahet.l.ſi peculium,10. D.de manum.teſt.& ſi cui inſtrumentum omne, pòſt alteri mancipium quoddam eiuſdem inſtrumenti legatum eſt, poſterius legatum de vniuerſali deminuet.l.legatum.24.§.1.D.de adim.leg. Septimò, ſicut pactum & res iudicata de Toto, ad eius omnes partes: ſic de Vniuerſitate ad res ipſius ſingulas pertinet, l.ſi vnus,27.§.item ſi pactus, D.de pac. l.ſiquis,7.in princ.& §.pen.& vlt.& l.ſi cùm argentum,21.§.1.D.de except.rei iudic. Octauò, ſicut particulari mutatione ſingularum partium. Totum tamen non mutatur, ſed idem manet: ſic etiam Vniuerſitas. l.proponebatur,76.
D.de

D.de iudic.l.qui res suas,98.§.vlt. D.de solut.l. inter stipulantem, 83.§.sacram,De verb.obl.Ex contrario tamen animaduertere possumus, eadem inter se longissimè multis in rebus discrepare. Nam primum omnium Totum de tribus corporum generibus vsurpatur, de quibus in l. rerum mixtura, 30. D. de vsurp. hoc est, de eo quod continuum est,vt homo,tignum,lapis,de eo quod ex cohærentibus partibus constat, vt ædificium,nauis, taberna: & de eo quod ex distantibus constat,vt populus,legio,grex. Vniuersitas autem de duobus posterioribus duntaxat vsurpatur. interdum ita, vt Totum concretum dupliciter consideretur: nimirum tanquam Totum, & tanquam Vniuersitas. nam in naui, & tabulæ singulæ, quibus constat, & res quæ in ea insunt, spectantur, & in taberna trabes,& tabulæ: (vt cùm taberna vendi dicitur.l. qui tabernam.32.D.de cont.empt.) itémque vt merces: veluti cùm taberna oppignerari dicitur,in l.cùm tabernam,34.D.de pig.quinetiam abusus in his vocabulis notandus atque obseruandus est.Nam & tota hereditas sæpenumero dicitur,quæ rectius vniuersa diceretur.l.1.D.de acq.her. l.quidam.20. C.de iur. delib. & societas totorum bonorum.in l.si vnus.67.§.1.D.pro soc. quæ rectius vniuersorum, aut omnium dicitur in l.5.& l.cum duobus.52.§.pen.&l.verum est.63.D.eod.Vicissímque vniuersitas fundi dicitur in l.2. §.cum Stichum, D. pro empt. cùm verius Totus fundus diceretur, vt l.3. in pr. D. de acq.poss. & quod illa Vniuersitas fundi par-

tibus opponitur, rectius hic Vniuerso fundo, singulę glebę, Toti verò, partes ipsę opponuntur. Idémque licet animaduertere in l. si seruus. 82. D. de acq. her. vbi quod ius est in Vniuerso, idẽ in portione esse dicitur, pro, quod ius est in toto, vt posterius dicemus. Quinetiam Vniuersum pro Toto, interdum pro Genere veteres abusiuè & impropriè dixerint, itémque Partem pro Specie. Cicero in Bruto, Nisi eam præterea didicisset artem, quæ docet rem vniuersam tribuere in partes. Et in Oratore, Latius enim de genere quàm de parte disceptare licet, vt quod in vniuerso sit probatum, id in parte sit probari necesse. Secunda differentia est, quòd Totum rationem habet cum partibus, hoc est, refertur ad partes: Vniuersum ad res singulas, atque iis opponitur, adeo vt vna eadémque in re (quemadmodum paulò antè posuimus) & Totum & Vniuersitas diuerso respectu considerentur. veluti, multis locis negatur apud Iurisc. lapides, cæmentum, calcem, tigna, columnas, fenestras ædificij partes esse, vt l. & per iusiurandum, 13. §. illud, D. de accept. itémque tabulas esse partes nauis, l. naue, 36. D. de euict. hac nimirum de caussa, quoniam Iurisconsulti res istas singulas appellant, quas non ad Totum, sed ad vniuersitatem referunt. l. adeò, 7. in suo. D. de acq. rer. dom. l. eum qui, 23. D. de vsurp. l. si quis, 7. §. 1. D. de exc. rei iud. Nam in libris nostris Vniuersitas & Singulæ res inter se opponuntur, veluti hereditas, & res singulæ quæ in ea continentur. l. 1. D. de rei vind. l. liberorum, 308. D. de verb.
sign

signif. nauis & ædificium, résque singulæ ex quibus constant. in l.si vnus, 27. §.item si, D.de pact.& vniuersitas municipij, & singuli municipes.l.1.& pass.D.qu. cuius. vniu. & vniuersitas bonorum, & res singulæ.l.1. D.de interd. & l.1. D.quor. bon. & vniuersitas armarij, & singulæ res quæ in eo continentur. l. qui vniuersas, 30. D.de acq.poss.Et in hanc sententiam in Quæst. 1.dicebamus. Vniuersa Regis esse:singula verò priuatorum. Contrà autem nulla res hereditaria pars hereditatis numeratur.l.quamuis,14.D. siq. om. causs. adeo vt nec legatum hereditatis pars sit.l.qui fundum,83.§.3. D.ad leg.Falc.nulla res peculiaris pars peculij sit. l.4. §.si ære, D. de pecu. l.1. §.2. D.de tributar. nulla res dotalis pars dotis dicatur. l,in fin. princ. D.de dot. releg. & l. quod dicitur, 5. D.de imp. in res dot. Quæ cùm ita sint, difficile dictu est, verum videri quod à nonnullis scribitur, Totius partes esse integrales:quales sunt in domo, fundamẽtum,parietes,tectum. Vniuersitatis autem esse quotas, id est, quæ sine subiecti interitu esse possunt: cum verius ac certius has Intellectas esse diceremus, illas Naturales: siue, vt Iurisc. loquuntur, has pro diuiso, illas pro indiuiso. Nam Quotas partes esse volunt,quibus per numerum respondetur, veluti dimidias, quartas, aut tertias. l. cum quæstio, 23. D. de legat. quæ tamen aliæ non sunt ab vsitatis assis partibus: vti constat ex l.2. §. si duo D. de col. bon. Vniuersitati enim ( vt iam antè dictum est ) partes non opponuntur, sed res singulæ. Tertia diffe-

rentia eſt, quòd partes in Toto agunt, & quaſi quodammodo (vt animalis) membra ſunt. Nam (vt ait Ariſtot. Polit. 1. & lib. Meteor. 4.) hæ demum verè propriéque partes ſunt, quę ſuo munere funguntur. *πάντα τῷ ἔργῳ ὥρισται, καὶ τῇ δυνάμει.* Itaque manus à corpore ſeparata nihilo magis pars eſt corporis quàm manus lignea, aut lapidea, niſi *ὁμωνύμως*: id eſt, communione nominis. vt l. ſi ſtatuam, 14. de aur. & argen. leg. Nam tectum propriè dicitur, quod tegit: & rota quæ voluitur: & in naui membra dicuntur, quibus nauigatio iuuatur, vt puppis, prora, carina, malus, velum, gubernaculum. l. ſcapham, 44. D. de euict. l. malum 242. D. de verb. ſignif. At res ſingulæ in vniuerſo nihil agunt: id eſt, non efficiunt vt res ſit id quod eſt, vel magis vel minus. l. quæque, 13. D. de pignorib. vnde nata apud Dialecticos diſputatio de Sorite, quæ acerualis Latinè dicitur. Sic quadrigæ partes ſunt equi ſinguli. nam ſinguli valent ad quadrigam efficiendam. Itaque quadrigæ legatum, vno equo mortuo, extinguitur. at equorum vniuerſitate legata, quandiu quilibet vnus ſupererit, legatum debebitur: quoniam non ſinguli ad vniuerſitatem efficiendam valent, ſed cuncti, omnes, vniuerſi: quemadmodum mox docebimus. Similiter onera quędam in nauim impoſita vel non impoſita, aut merces in armarium impoſitę vel non impoſitæ non efficiunt vt magis nauis aut armarium vel ſit, vel non ſit. Quarta differentia eſt, quòd totum finitum eſt, hoc eſt, neque accretionem neque decretionem

nem recipit. Nam (vt ait Aristot. de Natur.3.) totum & Perfectũ idem sunt: quoniam vtrumque definitur, id cui nulla pars deest. Nihil est extra totum (ait Seneca, lib. de vit. beat.) non magis quàm vltra finem. Vniuersitas autem indefinita est. adiectionem enim & detractionem recipit, vt de peculio dicitur, quod crescit & decrescit. l. peculium, 11. D. de pecul. itémque de familia in l. peculium, 65. D. de leg. 2. & de hereditate, quæ augmentum recipit, & diminutionem. l. item veniunt, 20. §. item non solum, D. de her. pet. Item de grege, in l. si cùm argentum, 21. §. 1. D. de exc. rei iud. Itaque Totum plerunque parte vna detracta perimitur: veluti in quadriga, vbi vno equo sublato quadriga interire dicitur, quia quadriga esse desinit. At si Vniuersitatem singulorum equorum spectauit testator, aliud iuris est. nam vno detracto reliqui debebuntur. l. quid tamen, 10. in fin. D. quibus mod. vsusfr. amitt. l. peculium, 65. §. 1. D. de legat. 2. quod eodem modo de fundi instrumento iudicandum putarem, propter l. quęsitum, 12. §. siquis eodem, 10. de inst. vel instr. vbi pro parte diuidi instrumentum posse negatur. Quinta differentia est quòd Totum & partes eiusdem generis sunt. Nam si partes sunt corporales, etiam Totum corporale est: si partes mobiles, aut immobiles, etiam totum mobile, aut immobile. veluti, fundi, aut gregis, aut armenti, aut equitij. Vniuersitas autem semper incorporalis est, & nomen iuris: etiamsi res omnes corporales sint, aut partim corporales, partim incorpo-

rales, veluti hereditas, aut peculium, aut dos, in quibus vtriusque generis res continentur. l. 1. D. de rer. diu. Sic res singulæ mobiles esse possunt, cùm vniuersitas erit immobilis: vt de ædificio luculēter disputatur in l. eum qui, 23. D. de vsur. vbi emptor ædium non res singulas, ex quibus ædificium constat, & quæ mobiles sunt, sed Vniuersitatem ipsam quæ immobilis est, possidere dicitur: indéque sublato ædificio præteritum tempus quod ad ædium vsucapionem valuit, ad rerum singularum, quæ mobiles sunt, vsucapionem non prodest: quoniam vna eadémque res simul vt & mobilis & immobilis possideri non potest. Sexta differentia est, quòd totum quoniam partes habet, diuiduum est, siue partes fiant pro diuiso, siue pro indiuiso. l. rectè dicimus, 25. De verb. sign. Vniuersitas autem, quia partes non habet, diuisionem non recipit. l. 1. D. de acq. her. vbi, qui vniuersam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo acquirere non potest, & qui partem hereditatis adit, vniuersam hereditatem adire intelligitur. l. quidam, 20. C. de iur. delib. l. interdum, 13, §. 1. D. de her. inst. & in vnicam rem institutus, in totum institutus intelligitur. l. 1. §. si fundo, & l. si ex facto, 3. D. eo. Septima differentia est, quoniam regulariter quod ius est in Toto, quo ad totum, idem iuris est in parte, quoad partem, vulg. l. quę de tota, D. de rei vind. l. 3. D. pro derel. l. in ratione, 30. §. rursus, D. ad l. fal. l. si do. 51. in fin. D. de adm. tut. At non quod iuris est in Vniuerso, idem in rebus singulis est. non enim qui

qui vniuersam domum, aut nauem, aut armarium possidet, iccirco singulas res quę in iis sunt, possidet. l.qui vniuersas,30. D.de acq.poss.non qui vniuersitatem ædificij vsucapit, continuò singulas res, ex quibus constabat, vsucepisse intelligitur.l.adeo,7. §.illud rectè, D.de acq.rer. dom.& d.l.eum qui,23.D.de vsurp. Similiter qui gregem vsucepit, non continuò singulas oues vsucepit.l.rerum mixtura,30. §.vlt. D.de vsur.Non siqua res Vniuersitatis est, iccirco singulorum est, vt theatrum, stadium, campus Martius:non si seruus ciuitatis communis est, iccirco singulorum pro parte seruus est, sed Vniuersitatis:non siquis ab Vniuersitate manumissus est, iccirco singulorum libertus est, sed Vniuersitatis.Qua de caussa Vniuersitatem sine venia in ius vocare non poterit, singulos poterit. l.in tantum,6.§.1.D.de rer.diu.l.sed si.10.§.1.D. de in ius voc. non siquis nauem, aut domum vendidit, iccirco singulas tabulas, vel singulos lapides vendidit. qua de caussa nec euictionis nomine tenebitur, si qua res euicta sit. l. naue, 36.D.de euict.non siquid Vniuersitati debetur, singulis debetur : nec quod debet Vniuersitas, singuli debent. l.sicut,7. §.1. D.quod cui. vniu. non si actor ab Vniuersitate constitutus est, iccirco singulorum actor est, sed Reipub.duntaxat.l.2. D.eod.vicissímque non siquid singulatim ac separatim alienari non potest: iccirco vniuersè alienari non potest : vt fundus dotalis, & res cuius commercium aliquis non habet, quæ tamen cum hereditatis vniuersitate trans-

fertur. l.quædam,62. D.de acq.rer.dom. non si res singulæ hereditariȩ vsucapi possunt,iccirco hereditas vsucapi potest (quam ineptam Iurisconsultorum argutiam Seneca minus considerate nominabat,lib.de benef.6.) nam illæ corporales sunt, hæc incorporalis est, in quod genus vsucapio non cadit.l.seruitutes,14. D.de seruit. Ex quibus ita disputatis perspicuum est, inter Totum & partes iuris analogiam & proportionem esse: inter Vniuersitatem & res singulas, nullam esse:cautionémque adhibendam, vt ad id quod Totum est,partes:ad id quod Vniuersum est, res singulæ referantur, suúmque singulis ius attribuatur.

---

## QVÆSTIO XXXIII.

*Re à pluribus furto sublata, quam tollere singuli non potuissent, vtrum vniuersi tantùm, an verò singuli furti teneantur.*

HÆc quæstio superiori finitima est, præcipuéque ex eo capite dependet, quo diximus, Totum aliud esse, continuum, aliud concretum,aliud deiunctum. Totum autem concretum dupliciter considerari,nimirum vt Totum & partes:itémque vt vniuersum & res singulas. postremò Totum deiunctum, verè propriéque Vniuersum dici. l. rerum mixtura, 30. D.de vsurp. Quare in quęstione proposita plurimi interest, quo ex trium illorum genere res ea sit, quæ furto sublata dicatur. nostri quidem dȩ trabe exempla ediderunt in l.ita vulneratus,

51.in

51. in fin. D.ad leg.Aquil. & l.vulgaris,21.§.vlt. D.de furt. vbi fatentur, si differendi subtilitati locus relinquatur, fore vt neq; vniuersi, neque singuli teneantur.aut enim totius trabis singuli fures sunt,aut partis. Totius non esse,definitio demonstrat:furtum enim contrectatio est,neq; sine contrectatione committi dicitur in l. prima,& l.siquis,52.§.neque,D.de furt. Verum est autem,neminem vnum illam trabem sustulisse: ait Iulianus in dicta l. ita vulneratus, sed totius rei vniuersos furtum fecisse,vt ait Vlpianus dicta l.vulgaris. Rursus pro parte furtum singuli non fecerunt, vt eodem loco scribitur: quia trabs integra & indiuisa est. Restat vt omnes siue vniuersi, simul furti teneantur. veluti, si quatuor trabem sustulerunt, vt omnes pro vna trabe quadrupli nomine quatuor trabes soluant. Sed refragatur Regula iuris, vt Quot delinquentium personæ sunt, tot delicta numerentur:& Quę pœna delictis imposita est,si plures deliquerunt,vt à singulis solida præstetur.l. si familia,9.D.de iurisdic.& l.si plures,34.D.de iniur. vbi quot serui iniuria aliquem affecerunt,aut damnũ dederunt,tot iniuriæ,tot damna numerantur, totidémque pœnæ deberi dicuntur. neque vnius solutio alterum eiusdem delicti socium liberat. qua de caussa plures eiusdem rei fures,in solidum singuli obligantur: neque pœna ab vno præstita alios liberat.l.prima, C. de cond. furt. nam quod à pluribus fit pro indiuiso, singulos in solidũ obligat. l.semper,15. §.2. D. quod vi aut clam. sublatáque illa

Quintiliani quæſtio eſt libr. 7. capit. 5. Cùm duo fures pecuniam abſtulerunt, ſeparatim quadruplum quiſque an duplum debeat. l. tres tutores, 55. D. de admin. tut. ſimilitérque ſi ſerui plures album Prætoris corruperint, non ſufficit, 5 D. aureos pœnæ nomine pro vniuerſis ſimul ſoluere, ſed neceſſe eſt pro ſingulis quingenos inferre. In quam ſententiam reſponſum eſt, cùm plures domini ſeruum communem in ſua poteſtate eſſe mentiti ſunt, vnumquenque illorum inſolidum teneri. l. ſi ſeruum, 17. D. de interrog. Neque obſtat. l. prima, in fin. l. 2. & l. tertia, D. de his qui effud. nam ibi non plures, ſed vnus tantùm, íſq; incognitus effudiſſe proponebatur. eiúſque iuris ęquitas exponitur hac regula in l. quarta, D. de verbo. obligat. Quod in partes diuidi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videtur. Denique huius rei euidens argumentum eſt in edicto Prætorio, Si familia furtum feciſſe dicatur: vbi conſtitutum eſt, vt ſi plures ſerui furtum fecerunt, liceat domino tantum offerre, quantum ſi ſeruus vnus furtum feciſſet: ſingulari de cauſſa: videlicet, ne domini patrimonium euertatur, ſi omnes dedere cogeretur. l. 1. D. ſi fam. furt. fec. l. illud, 32. D. ad leg. Aquil. Quare cùm à pluribus vel liberis, vel plurium dominorum ſeruis, furtum factum eſt, aut iniuria, plura facta numerantur: tot denique pœnæ exiguntur, quot delinquentium perſonæ fuerunt. vbi verò vnius familia eſt, clementiæ & benignitatis cauſſa illo ſingulari caſu ſingulare ius conſtitutum eſt.

Quæ

Quæ cùm ita se habeant, Iulianus & Vlpianus in illa de furto trabis quæstione concludunt, tot esse furta facta, quot personæ delinquentium fuerunt, & à singulis pœnam exigi. ac proinde, si quatuor trabem sustulerunt, in furto manifesto, XVI. trabes domino pœnę nomine prę-standas esse. Quod verò contrà ex definitione disputatum fuerat, Iulianus disertè scribit, etsi vbi res ad viuum resecanda, & ad exactum iudicium reuocanda esset, verùm illud esse videretur, tamen casus quosdam esse in ciuili iure, quibus subtili Dialecticæ rationi vtilitatis & vitæ communis ratio præponderat: atque inter illos casus hunc exempli loco profert. Quo loco non prætermittendum arbitror quod textus in d. l. 9. De iurisdic. apertè pugnare videtur cum d.l. illud, ad leg. Aquil. Nam in illa eadem damni culpa dati ratio esse dicitur, quæ iniuriarum. in hac, ex contrario, eadem quæ furti à familia facti. quod idem Vlpianus perspicuè affirmat in d.l.1.§.2. D. si famil. fur. fec. Cuius manifestæ & dilucidæ repugnantiæ si conciliationem aliquam quæramus, videamus ne veterum existimationis quàm nostræ studiosiores simus. Quid enim potuit Caius dilucidius exprimere, vt controuersiam ea de re inter Iurisconsultos fuisse ostenderet, quàm cùm ita loquutus est, ILLVD QVÆSITVM EST: & mox, SED MAGIS VISVM EST. Illam ergo Paulus sententiam sequutus est, hanc Vlpianus & Caius. Verùm vt ad institutam disputationem redeamus, deinceps aliis quoque de rebus eadem quæstio

proponenda est: veluti de armario, in quo erit, verbi gratia, mundus muliebris: aut de cista, in qua multa pretiosa inerunt, aut dolio vini, aut modio frumenti, quem cùm vnus tollere non posset, plures sustulerunt: an eadem iuris ratio sit, quę superius de trabe vel tigno exposita est. Nam siquis dicat, in pari caussa parem iuris rationem constituendam esse, l. vltim. C. ad leg. Falcid. pugnare contrà videbitur, quòd non eadem harum rerum, quæ tigni aut trabis ratio & caussa est. Nam tignum (vt superius dictum est) totum est continuum: quo in genere sunt marmor, statua, signum illud immane Herculis Agrigentini, Verr. v. quod multi subiectis vectibus moliebantur labefactare, neque tamen illud vlla lababat ex parte: de quibus idem iuris esse, quod de trabe superius diximus, dubitari non potest: quoniam ex Totius primo genere sunt, quod & continuum, & indiuisum est: neq; pro parte sublatum dici potest. Armarium autem, aut cista, aut capsa, sine dubio postremi generis sunt, ac planè segetis similia: de qua Vlpianus statuit, vt in tantum furti agi liceat, quantum sablatum erit. Item eadem l. §. penult. vt qui maioris ponderis quid aperuit, quod tollere non possit, earum tantùm rerum nomine teneri furti, quas abstulerit: itémque in l. verum est, 25. eod. vbi qui è lapidicina lapides, vel ex arenaria arenam furatus est, eatenus tantùm furti actione tenetur, quatenus furatus conuincitur. Ex quo concludendum arbitrarer, si quatuor segetem secuerunt, aut arcam, armariúmve

sust u

sustulerunt, non à singulis pœnam in solidum exigendam, sed ab vniuersis duntaxat: quasi partem tantùm quisque suam sustulerit, & quod in partes, vel potius res singulas diuidi potest, non à singulis in solidum commissum videatur. argum. dicta l. quarta, De verbor. obligat. quod eodem modo etiam de fundi instrumento statuendum arbitrarer: quod, si tanquam Totum spectemus, parte sublata consistere negatur in l. quæsitum, 12. §. siquis eodem, 10. D. de inst. vel instr. sin tanquam Vniuersum, & eius res singulas, iniquum putarem, cùm à pluribus sublatum esset, in plus quemque, quàm quantum abstulisset, teneri. De vino verò, & oleo, & ingenti frumenti sacco, difficilior aliquantò quæstio est: si plures dolium, puta, prouoluerunt, aut ingentem saccum exportarunt, quod vnus facere solus non potuisset. Sed cùm eiusmodi res ad quantitatem potius quàm ad corpus referantur, l. cùm Stichus, 29. D. de solut. l. planè, 34. §. secundo, & §. tertio, D. de legat. 1. benignior interpretatio videtur, vt res eiusmodi ad secundum Totius genus, Concretum videlicet, referantur: & quoniam in partes intellectas diuisæ intelliguntur, non à singulis solida, sed ab vniuersis pœna furto imposita exigatur. argum. dicta l. vulgaris, in principio, D. de Furt.

# QVÆSTIO XXXIIII.

*An legis actionum et actuum legitimorum eadem ratio esset, aut quibus inter se rebus vel conuenirent, vel differrent.*

MAgna quęstio est,& ad cognoscendam iuris Quiritium formam pernecessaria. Intelligendum est autem, legis actiones fuisse formulas rerum, tum à magistratibus, tum à priuatis agendarum, quæ à Iurisconsultis ex lege aliqua institutæ fuerāt. Perperam enim non Pomponius sed Tribonianus in l. 2. De orig. iur. dessinit Legis actiones, quibus ciues inter se disceptabant. quasi verò præter disceptatrices non aliæ essent quamplurimæ, quæ nihil ad lites pertinebāt. Legis igitur actionum duplex proprietas fuit: quarum prior & antiquior hæc est, vt ex legis alicuius instituto conceptæ & ad eam accommodatæ essent: veluti primæ illæ, quas ex XII. tab. legibus compositas à priscis Iurisconsultis fuisse, traditur in d. l. 2. De orig. iur. Si Triumuiris Rempub. obtinentibus rogatus est Cascelius Iurisc. formulas ad eorum acta accommodatas, concipere: vt Val. Max. lib. 6. testatur. Nullius, inquit, eorum gratia aut auctoritate compelli potuit, vt de aliqua earum rerum quas Triumuiri dederant, formulam componeret: hoc animi iudicio victorię eorum beneficia extra omnem ordinem legum ponens. tametsi Formulam illo loco Valerius dixisse potius videtur, pro instrumento & testa-

tione

tione donationis. Altera legis actionum proprietas hæc erat, vt inter præſentes, neque alieno, ſed proprio nomine peragerentur. l. nemo, 123, D. de reg. iur. Actus autem legitimos appellamus formulas rerum à priuatis agendarum, per eoſdem Iuriſconſultos extra rerum contrahendarum negotia inſtitutas. Vnde triplex differentia intelligitur. prima, quòd illæ priuatorum & magiſtratuum communes erant, hi priuatorum tantùm proprij. Altera quod illę omnes erant ex lege: hi verò partim ex lege, partim ſine lege inſtituti. Tertia, quòd illarum nulla niſi inter præſentes fieri poterat: horum verò plerique etiam per procuratores fiebant. ſimilitudo verò quadruplex fuit. Nam vtræque actiones iuris erant publici, vtrique à Iuriſconſultis certa formula compoſitæ: vtræque ſemel tantùm fiebant, neque iterabantur: vtræque purè & ſine diei aut conditionis adiectione fiebant. l. actus, 77. D. de reg. iur. Nunc de ſingulis videamus. Ac primùm de iis quæ à magiſtratibus peragebantur. nam Varro lib. de ling. v. ſic ſcribit: Dies nefaſti, per quos nefas fari Prætorem, DO, DICO, ADDICO. neceſſe eſt aliquo eorum vti verbo cùm lege quid peragitur. Magiſtratus igitur ſiue iudicia, aut bonorum poſſeſſionem, aut tutores dabant, ſiue multam, aut viam dicebant, ſiue bona, ſiue litem, libertatem, ſeruitutem, ingenuitatem, libertinitatem addicebant, lege agere dicebantur. In his autem actionibus hoc obſeruabatur, primùm vt inter præſentes fierent: vnde illud in XII. tab. PRÆ-

SENTI LITEM ADDICITO.& in formulis: VTRISQVE SVPERSTITIBVS ISTAM VIAM DICO. Deinde vt certis verborum conceptionibus omnia peragerentur, cùm DO, DICO, ADDICO, Prætor (vt modò dicebamus) pronuntiaret. Eiúsque rei argumentum est in l.decreta, 48. D.de re iud.l. si opus, 16. D.de oper.nou.nunt. Iam verò semel tantùm eas peragi solitas, vel ex eo constat, quòd Prętoris decretum ius faciebat: quod retractari non poterat.l.pen. D.de iust.& iur.l. 5.D.de feriis. Quanquam re integra quod iussit vetuítve Prætor contrario imperio tollere aut remittere potest. l.quod iussit, 14. D.de re iud. Postremò, puras eas omnes fuisse intelligendum est: vnde illud in l.muto, 6.§.1. D.de tutel. si tutor sub conditione datus sit, eius dationem nullius esse momenti. Quinetiam magistratus ministri, cùm quid imperio ipsius, ex lege tamen agebant, Lege agere dicebantur. Liuius lib.XXVI. Fuluius acceptas literas, neque resolutas, cùm in gremio reposuisset, præconi imperauit vt lictorem lege agere iuberet. Valer. lib.3. Deligatis ad palum hostibus, literas à patribus conscriptis nequicquam Capuanis salutares accepit. In sinistra enim manu, sicut erant traditæ, reposuit, ac iusso lictore lege agere, tum demum aperuit. Inter priuatorum actiones primum locum obtinebant, quæ pertinebant ad lites: vt apud Plaut. Aulul. Lege agito mecum, molestus ne sis. Et apud Cic.de Orat.1. Alter plus lege agendo petebat, quàm quantum lex in XII. tab. permiserat. Et pro Cæcina,

Omnes qui in eadem caussa sunt,& lege agant, & ius suum persequantur. De vindiciis autem, quemadmodũ ex lege XII.tab.institutæ, quemadmodum in iure apud Prętorem,&certis verbis & purè: & inter præsentes,& semel fierent, copiosè Agellius exponit lib.xx.cap.IX.Denique actiones omnes litigiosæ, & ex lege institutæ erant (qua de caussa lege agi per eas dicebatur) & in iure instituebantur, & certis verbis constabant, vt cuiuis mediocriter erudito notum est. Inter præsentes autem agitari primùm solitas, Imperator ostendit sub tit. De his per qu.ag. poss. vbi ait, olim in vsu fuisse, alterius nomine agi non posse. Qua de caussa non pater quidem pro filio inofficiosi querelam potest instituere.l.8.D.de inoff. Purè autem eas instituendas fuisse, vt ius certum peteretur, vel ex eo constat, quòd qui ante diem petierat,caussa cadebat. Semel porrò eas institui licuisse,vel ex eo patet,quòd, eadem de re bis actio non erat. l.2.D.de except.rei iud.Sed præter illas disceptatrices erant aliæ, quæ(vt Vlp. loquitur) iurisdictionis erant voluntariæ: quarum hæc bipartita fuit distinctio, vt aliæ in iure,aliæ extra ius peragerentur. In iure fiebant,Adoptio,Emancipatio,Manumissio per vindictam,In iure cessio,Litis contestatio, Nominis in reos relatio, Appellatio, Tutelæ cessio, Tutelæ abdicatio. Extra ius arrogatio, In ius vocatio, Satisdatio, Antestatio,Mancipatio,Nuncupatio testamenti, Cretio, Aditio hereditatis, Noxæ deditio, Iusiurandum,Tutoris auctoritas.De singulis i-

gitur videamus. Nam Adoptio quidem ex lege XII.tab.instituta fuit. Itaque legis actio nominatur in l.3. De off. Proc.l.1. D.de off.iurid.l.1. C.de adop. Eam autem inter præsentes fieri, Vlp.his ostēdit verbis,in l.neq; absētes, 24.&l. seq.D.de ado.neq;adoptare,neq;arrogare quis absens, nec per alium huiusmodi solennitatem peragere potest. Et de iure apud magistratum, constat ex l.3.& l.4.D.eod.Tacitus lib.1. Consultatum, inquit, pro rostris, an in senatu,an in castris adoptio frequentaretur. Certis verbis eam compositam fuisse, Agellius docet lib. v. cap.XIX. Semel autem adoptari aliquem licuisse,Paulus testatur in l.adoptare, 37.D.eod. Ad tempus autem, aut sub conditione fieri non potuisse, patet ex l.quæsitum est,34. de adopt. quia nec filium naturalem ea ratione habere possumus. Neque verò superioribus aduersatur,quod crebrò legimus,Adoptiones in testamentis factas, quasi & absentium, & extra ius fierent. Non enim hæ adoptiones propriè,sed arrogationes erant: eorum videlicet qui sui iuris erant: vt cùm Pomponius à Cæcilio adoptatus dicitur in ep. ad Att. 2. & apud Nepotem in illius vita. Quare mortuo testatore non dubium est,quin lex curiata ferretur, Vellent iuberent Quirites, vt Pomponius Cæcilij esset filius:vt est apud Agell.eod.loco.Itaque Octauij adoptionem Cæsaris testamento factam, illa lege confirmatam Dio lib.46.testatur. Eodémque pertinet illud Taciti libro 12. Rogatáque lex, qua in familiam Claudiam, & nomen

men

men Neronis transiret. Sequitur Emancipatio, quam ex lege XII. tabular. institutam, omnibus notum est. Qua de caussa inter legis actiones numeratur in l. 4. D. de adoptionibus. & apud Paul. Sent. 2. tit. 26. & Iustinianum Nou. 81. Inter præsentes autem fieri solitam, vel ex eius formula, quam Caius in Institut. commemorat, vel ex circunductionib. & colaphis, de quibus in l. vlt. C. de emancip. lib. satis planè constat. quod tamen Anastasius abrogauit, cuius noua Emancipationis formula traditur in l. pen. C. eod. Vtrum autem ea in iure, an extra ius fieret, dubitari video: propter l. emancipari, 36. D. de adopt. vbi Vlp. ait, emancipari filium à patre quocunque loco posse. quasi verò Caius in Instit. non apertè testetur, ante Præsidem, hoc est magistratum, cui legis actio sit, mancipationem fieri solitam. vnde intelligitur Quemcunque locum ab Vlp. dici in quo Prætor salua maiestate imperij sui, saluóque more maiorum ius dicere potest: quem omnem locum Ius dici nemo ignorat ex l. penult. de legibus. Denique, quoniam caussæ cognitione opus non est, neq; tribunali, neque sella opus esse. Iam verò de huius actionis certa formula, dubitare nemo potest ex eodem Caij Inst. lib. 1. ac ne de altera quidem nota: hoc est, vt semel facta, non iteretur: cùm sui iuris factus, amplius sui iuris fieri non possit: neque amplius tribus mancipationibus adhiberi liceret. Postremò, vt neque sub conditione neque ad tempus fieret. d. l. actus. D. de reg. iur. Sequitur Manumissio per vindi-

ctam, quã ex lege XII. tab. institutam ex eo probabile est, quia pars est emancipationis: quæ & trib. manumissionib. constat, & sine dubio legis erat actio: vt Inst. Nouel. 81. εἰ γὰρ ἡ τῆς ἐμανκιπατίονος πρᾶξις πάλαι μὲν ὑπὸ τὰς καλουμένας legis ἀκτιόνας φερομένη μεθ᾽ ὕβρεων καὶ ῥαπισμάτων, &c. Denique manumissionem inter legis actiones apertè Paulus numerat lib. Sent. 2. c. 25. obscurè autem Constantinus in l. vl. C. de manum. vind. & Marcianus in l. 2. D. de off. procon. vbi liberorum & seruorum manumissiones eodem numero, & apud eosdem magistratus statuit. Inter præsentes autem eam peragi solitam, ritus ipse circunducendi & colaphis cædendi, & virga tangendi, perspicuè ostendit: nominatímque traditur in l. 3. C. de vind. manum. l. pen. C. qui manum. non poss. In iure autem, id est, vel in tribunali, vel quocunque loco vbi magistratus & lictor adsit, fieri solitam constat ex l. 5. l. 6. l. 7. l. 8. D. de man. vind. Verba autem solennia Festus hæc profert, Hunc hominem liberum esse volo. Tametsi Hermogenianus in l. manumissio, 23. D. eod. scribat, ætate sua manumissionem per lictores domino tacente expediri solere: & verba solennia licet non dicantur, vt dicta accipienda esse. Vnde intelligitur, postremis temporib. in libertatis fauorem multa de vetere ritu remissa fuisse. nam etiam apud legatum Proconsulis qui legis actionem non habebat, manumitti licuisse, testis est l. apud proconsulem, 17. eodem. Semel autem præstari libertatem hanc solitam, testis est, l. 2. C. de manum. vind.

deniq

denique ad tempus dari non licuisse patet ex l.libertas, 33. D. de man. vind. sub conditione verò, testamento quidem poterat: vindicta verò non poterat. quia vindicta libertas absolutè datur. l. mortis caussa, 15. D. de manum. Simillima est illa interrogatio, quæ legibus fieri dicebatur apud Prætorem, cùm quis alterius nomen referre in reos volebat, cuius interrogationis formulam Pedianus exponit in Verrin. II. Item In iure cessio, apud Vlp. tit. Regul. 19. & in Institu. Caij: apud Boetium in Topic. iis verbis quæ iam omnibus nota sunt. sed hæc exempli caussa proposuisse sufficiat. nam cetera partim ex aliis auctoribus nullo negotio colligentur. Nunc ad eas quę extra ius fiebant, accedendum est. Ac primùm de Testamento. nam ex lege XII. tab. institutum id fuisse nemo ignorat. Certis autem verbis fieri solitum, patet ex l. quoniam, 15. C. de testam. & ex Nuncupationis formula, quam in lib. Regul. Vlpian. protulit. Ex qua ipsa intelligitur, eam Nuncupationem, neque diem, neq; conditionem disertè ac nominatim admisisse: cùm tamen eius partes admitterent. nam & dari libertas in testamento sub conditione poterat. l. I. D. de stat. lib. cùm per vindictam dari non posset: & heres sub conditione institui, legatáque relinqui. Ex eodem genere fuit Hereditatis aditio. nam illam quidem ex lege XII. tab. ortum habere, nemo dubitat: siue ab intestato, siue ex testamento esset. l. I. D. de her. pet. l. lege obuenire, 130. De verb. signif. Per heredem autem ipsum eam fieri so-

litam,neque admissum procuratorem,80.D.de acq.her.cùm tamen in Pand.Flor.vitiosè,vt opinor,scriptum sit, CVRATOREM. sed cùm Cæsari singuli iure concessum sit,vt per suum procuratorẽ adire possit.l.1.§.vlt.D.de of.proc.cæs. perspicuum est, id ceteris non licuisse. quod hoc etiam argumento confirmatur, quia senatoribus liberæ legationes adeundarum hereditatum caussa dabantur:vt inComment.de verb. iur.exposuimus. Certis autem verbis Cretionem & Aditionem constituisse,notum est omnibus ex Vlp. tit. Regul. 26. vbi hæc duo coniunguntur ADEO CERNOQVE. eiúsque vestigium extat in fin. l.eum qui,15. D. de acq. hered. Diem porrò & conditionem in adeunda hereditate non admissam, patet ex d.l.eum qui,& l. heres,54.D.eod.& l.actus,77. De reg.iur.Neq; obstat, l.primo gradu,23. D.quæ in fraud.cred. vbi heredes eius qui soluẽdo non erat, ea conditione adisse dicuntur, vt creditoribus partem duntaxat soluerent. nam ibi Conditio pactionem significat cum creditoribus factam.quemadmodum heres cum legatariis & fideicommissariis paciscitur.l.in quantitate,73.D.ad leg. Falc. l.apud Iulianum,11. D. ad Trebel. Restat vt de ea non iteranda testimonium proferamus:quod extat in l.si solus,80.in fin.D.de acq. hered. Hereditatis igitur aditio legis actio erat. Bonorum autem possessio,non erat,itaque per procuratorem acquiri poterat. l. siquis alicui,48.D.de acq.hered.l.si maritus,5. C.mand. Sequitur Mancipatio:quam ex lege XII.tab.instituit

stitutam fuisse, & ab auctore ac mancipe præsentibus, certis verbis ac formulis, extra ius, quouis loco vsurpatam fuisse, docent Vlpianus, Caius, & Boetius. Purè autem propterea fiebat, quia præsens dominium, traditione facta præsentíque pecunia numerata transferebatur: vnde periculum iudicij & euictionis: vt ex Plauto & Ciceronis Muræniana in verbis Iur. ostendimus. Quòd si dominium transferebatur, sequitur, vt semel tantùm fieri soleret. Verùm hęc quidem de legis actionibus hactenus. nunc de Legitimis actibus videamus: quod nomen etsi generale esse constat, tamen, vt plerunque fit, ad eas species propriè restrictum est, quas superius explicauimus. Horum autem in numero Acceptilationem & Legati optionem statuemus: quas Papinianus nominat in d. l. actus, De regul. iur. Præterea autem Conuentionem in manum, Repudium, & Diuortium: quæ etsi certis fiebant verbis, l. 1. D. de diuort. certóque & solenni modo. l. 1. D. vnd. vir. & vx. tamen per internuntium fieri potuisse constat ex l. 5. D. de rit. nupt. l. 2. D. de diuort. Itémque in diem addictionem, quę etsi certis fiebat verbis, l. 1. D. de in diem addictio. tamen in tempus necessariò fiebat. Item Comperendinationem & Vadimonium, quæ in diem certam fieri solita verba ipsa ostendunt. Item Denunciationem testimonij: quæ ex lege XII. tab. non semel, sed iterum ac tertiò fiebat. Nam hi omnes legitimi actus nominantur, cum in d. l. actus, tùm in l. pen. C. de hæretic. vbi eo nomine actus ij

soli significantur, qui iuris sunt publici : neque omnino propriè. non enim omnes lege certa instituti sunt. Nam Acceptilatio Aquiliana C. Aquilium Iurisc. auctorem habet. Itaque ciuiles magis verè propriéque dicerentur, aut solemnes: vt acceptilatio solennis actus nominatur in l. vlt. C. de reuo. quæ in fraud. cred. sed legitima persæpe dicuntur, quæ iuris sunt publici: vt legitima verba dicuntur, quæ alibi ciuilia, solennia, directa nominantur : quæ tamen non à legibus, sed à Iurisconsultis cõcepta esse constat. l. vlt. C. de testam. tut. Postremò illud subiungendum est, Actuum legitimorum duo esse genera: nam alij diem & cõditionem recipiunt: alij non recipiunt. veluti Acceptilatio & Optio non recipiunt : at Vadimonium, Comperendinatio, Obualgulatio, quæ denuntiandi testimonij caussa fiebat, & Procuratoris datio recipiũt. l. 3. D. de Procur. Itaque Papinianus non dixit, Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem: sed distinctè, Actus qui non recipiunt. Relatiuum enim QVI, suum antecedens restringit, vt l. quod ait lex, 11. D. de diuor. l. à filio. 15. §. 1. D. de adim. leg. Qua ex re de illorum stultitia existimari potest, qui in cap. 50. De reg. iur. in Sext. infinitè & generaliter tradiderunt, actus legitimos neque diem neque conditionem recipere. quo loco Dinus non irridiculè scribit, regulam illam imaginationi mentis suæ applicari non posse. Sed iam de Acceptilatione videamus. nam illam inter præsentes fieri oportuisse, neque per procuratorem aut seruum fieri

ri potuisse,ita perspicuè traditur in l.& per iusiurandum,13.§.tutor.& l.penult. D.de acceptil. vt mihi verisimile sit,verba hæc SINE MANDATO, quæ sunt in l.3. D.eod.aut spuria esse, & ex glossa imperiti hominis profecta:aut ita corrigenda, SINE NOVATIONE, vt apertissimè traditur in d. §.tutor. & in l. seruus, 16. l.filius, 23. l. non ideo 25.D.de nouat. præsertim cùm stipulatio, sine interrogationis & responsionis formula (qua constat Acceptilatio) inter absentes fieri non possit.l.1. D.de verb.obl. Institutum porrò fuisse, vt ea certis verbis fieret, constat ex l.& vno,18.D.de acceptil.ceterùm eam neq; diem neque conditionem recepisse, patet ex l. 4 & l.5. D.eod. Cuius rei ratio hæc est, quia obligationi præsentem interitum affert. Qua de caussa quod in diem, vel sub conditione debetur:tum demum acceptilatione sublatum intelligetur, cùm dies aut conditio debitionis euenerit.l.quod in diem,12.D.eo.Expressam igitur diei & conditionis adiectionem non recipit: tacitam recipit. Sed formula quidem pura est: vis autem & effectus acceptilationis in futuri temporis euentum reiectus est.l.licet,43.D.de iur.dot. Non fuisse autem iterandam solutionem,ex eo constat, quòd si vel aliquid amplius debito præstitum est, vel à reo & fideiussore solutum,indebiti condictione repetebatur. l.si reus,20.D.de cond.indeb. Deinceps de Legati optione videamus: quam legis actionem non esse, vel hinc intelligi potest,quia nulla lege instituta est.: tametsi partem esse testamenti, quæ

certissima legis actio est, constet. item vt tutoris dationem, liberti assignationem, manumissionem testamentariam, quas etsi legitimos actus appellare possumus, tamen legis actiones nemo dixerit: cùm illæ duæ conditionales esse non possint: Libertas autem testamento, & post tempus, & sub conditione relinquatur. l. libertas, 17. & l. testamento, 23. D. de man. test. Denique non video, cur optio serui per procuratorem, cui mandatum id sit, fieri non possit. cùm etiam de matre pro filia optante mentio fiat, in l. pen. D. de opt. leg. Certis autem verbis legati optionem fieri solitam, probabile est: cùm ea testatione fieret. l. apud Aufidium, 20. D. eod. Denique cùm optionis legatum (vt Vlpian. in titu. Regul. 24. testatur) & omnia, quantumuis exigua, certis constarent verbis dubitandum non arbitror, quin illa quoque optionis testatio constaret. Sed electionis diuersa caussa est: eius enim formula iure ciuili constituta non fuit: quia locum in legato generis tantum habuit: veluti, seruum vnum Titio do lego: itaque optio inter caussas iuris referenda est: Electio tota facti est. l. si stipulatus, 76. l. si seruus, 141. l. vltim. De verb. oblig. l. Stichum, 95. §. 1. D. de solut. Iam verò purè & semel fieri solitam, ex eo intelligitur, quòd alioqui semper suspenso & incerto animo heres fuisset. qua de caussa etiam optandi dies à magistratu præstituebatur. l. quinta, & l. 8. D. eod. vnde intelligitur consumi optionem dici, vt primum electio facta est. denique de non iteranda optione testimonium est

eſt in l.2. & l.ſerui.5. D.de leg.1. Ad extremum illud quoque notandum eſt, Actus legitimos, qui puris formulis conſtabant, expreſſam diei conditioniſve adiectionem repudiaſſe:tacitam verò recepiſſe. veluti, ſi quod ſub conditione debetur, accepto feratur. nam formula quidem dilationis expers eſt. Vis autem & effectus acceptilationis in futuri temporis euentum reiectus eſt. l.quod in diem.12. D.de accept. l.licet ſoleat,43.D.de iur.dot.vbi cùm dos per acceptilationem conſtituitur, tacitè conditio ineſſe dicitur, ſi nuptiæ ſequutæ fuerint. l. non enim, 37.D.eod. Quod eodem modo de teſtamento dici poſſe arbitror: quod tamen inter legis actiones retulimus. Nuncupatio enim (vt ex Vlp.ti.Reg.20. intelligitur) pura & directa eſt: neque ex incerto futuri temporis euentu pendet. Eius tamen vis & effectus omnis conferri in conditionem poteſt. veluti, ſi heres ſub conditione ſit inſtitutus, quæ poſtea deficiat. Quinetiam video de manumiſſione idem dici poſſe, ex l. mortis cauſſa, 15.D.de manum.vbi Marcellus ait, Etſi libertas per vindictam abſolutè danda eſt, tamen mortis cauſſa factam manumiſſionem, tacitam in ſe conditionem continere: vſq; ad manumiſſoris mortem. Vnde nata Regula eſt, Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent.

Appendix. Cùm hæc annis ab hinc circiter decem ſic ſcripſiſſem, incidi in Obſeruatoris, dicam, an Obtrectatoris? animaduerſionem quandam, ſanè inſolentem.

*Acceptilatio*, inquit, *non fit per procuratorem*,

*& quod adiicitur,* SINE MANDATO,*& in Basilicis* ἄνευ ἐντολῆς ἤτοι προτροπῆς *in l.tertia,de acceptil. hoc est quia mandato præcedente, procuratori sit ante permissum nouare obligationem, in l. decimatertia, §. tutor, eod. & l.quarta, C. de nouat. Remedio enim nouationis acceptilatio rectè fit per procuratorem.* Hæc ille.quę certè,qualia sint, assequi coniectura vix possum.primùm, quia ridiculum est, vbi quid de procuratore præcipitur, intelligi sine mandato procuratorem datum.l.1. l.sed & hæc, 35. l.Pompon.40. §.vlt. D. de proc. Deinde,quoniam vbi de procuratore ad certum negotium, puta ad acceptoferendum, ac simul de ipsius mandato mentio fit, non dubium est, quin illud mandatum de eodem ipso negotio gerendo intelligatur: vt non minus certa, quàm ridicula hæc futura fuisset Pauli sententia, *Per procuratorem nec liberare quisquam acceptilatione sine mandato, acceptoferendi potest.* qua de re ne Pauli quidem seruulus mediastinus dubitare potuisset. Quid si dixisset, *Sine mandato nouandi*, vt huic obseruatori placuit ex l.4. C.de nouat? primùm, hæc allegatio falsa est, quia nihil tale illa lege continetur. Deinde,ridiculum id fuisset,quoniam si procurator acceptoferre sine nouatione non potest, d.l.13. §.tutor, qui ad acceptoferendum procurator constituitur, idem ad nouandum, tacitè, eadémque opera constitui intelligitur. arg. l.2. De iurisdict. Veterem igitur emendationem meam retineo, vt pro *Sine mandato*, legamus *Sine nouatione*. Idq; eò lubentius,quod eam anno,1573.

no,1573.à me primum editam,animaduerti postea erudito viro anno, 1575. placuisse. lib. Semest.2.cap.22.vbi etsi profitetur,se boni Iurisc. instituto suum cuique tribuere, meum tamen nomen per obliuionem,vt credi par est,praeteriit. Vtcunque sit,regula iuris antiqui hæc fuit: Acceptilatio est actus legitimus, qui per procuratorem expediri non potest. Obstant enim verba formulæ personalia, Quicquid te mihi &c.l.idem,25. §.personale, D.de pact. Sed cùm postea Iurisconsulti multa eius regulæ incommoda cognouissent, vtilitatis caussa remedium hoc (vt Vlpianus appellat) excogitarunt,vt nouatione procuratores vterentur:ac tum demum accepto facerent.

Sequitur altera obtrectatio: *Optionem tamen serui rectè fieri per procuratorem, malè colligunt, ex l. penultim. De opt. leg. cum in eius legis specie fiat per matrem ex pracepto testatoris.*

Qui ex quindecim integris libelli mei paginis vnicam tam auidè reprehendit,an non probare reliquas videtur? At quotusquisque hodie scriptor reperietur, cui non aliquis eiusmodi momus obtrectare possit? Quanquam reprehensio hæc ferenda non est. Nam si per procuratorem serui electio fieri non potest, deleatur huius verissimæ sententiæ auctoritas, in l.si is qui, 66. D. de procur. l.cum debitore. 17. D. rem rat.hab.vbi electio rectissimè fieri per procuratorem dicitur,& tota hęc reprehensio manifestæ stultitiæ conuincitur. Age reliqua videamus,meliora enim fortasse consequentur.

*Et malè iidem, quod nemo alieno nomine lege agere possit, ideò patrem filij sui nomine querelam inofficiosi testamenti instituere non posse, cùm alia ratione Papin. vtatur, l. Papin. D. de inof. test. quia filij iniuria est.* Ac præterea, ait, *inuito filio non posse. Volente igitur filio potest. atquin ne volente quidem domino procurator lege agere iure antiquo potest.*

Mitto, quod proferri simul Triphonini rationem oportuit, hanc filij indignationem esse, l. filius, 22. D. ill. tit. quæro enim, annon plures vnius eiusdémq; præcepti afferri rationes possint? At ego prçter Papiniani & Triphonini rationes hāc esse affirmo potissimam, quod querela hæc aduersus matrem instituta dementiæ & furoris illam argueret. l. 2. l. 5. D. eod. quod esset à filij pietate alienum qui parem matri ac patri pietatem debet. l. 4. D. de curat. furios. Neque verò illa fuit ad propositam disputationem accommodatissima ratio prætermittenda, quòd quamuis propria illa esset filij iniuria, neque cùm patre communis (cui alioqui agere injuriarū liceret: l. sed si, 17. §. filio, De iniur.) tamen cùm hic pater esset, admittendus ad querelam, sine mandato instituendam, quasi voluntarius procurator videbatur. l. sed & hæ, 35. D. de procur. nisi lege antiqua cautum fuisset, ne quis alieno nomine, lege, aut iudicio ageret. Nam quod subiicitur, *Iure antiquo ne volente quidem domino licuisse procuratoribus alieno nomine agere*, tum demum probabo, cum aut contra Iustiniani auctoritatem planum factum erit

proc

procuratorum vſum, illo iure antiquo fuiſſe, aut iniuriam ex inofficioſo vindicari per procuratorem non licuiſſe: cùm tamen etiam ex lege Cornelia procurator ad iniuriarum actionem dari ſoleat.l.licet,42.§.1.D.de procurat.

Sequitur: *Malè quoſdam eſſe actus legitimos, qui dilationem capiant ex die, vel conditione, nec momento perficiantur: cùm in l.actus, De reg.iur. non ſit legendum, Qui non recipiunt, quaſi ſcilicet alij ſint, qui recipiant, ſed vt Flor. Qui recipiunt, id eſt, quibus apertè adiicitur dies, vel conditio. Nam ſi recipiunt tacitè, vt paulò poſt ait, non vitiantur, ſi apertè, vitiantur in totum.* Nouum igitur habemus Canoniſtam, qui cum Dynus Bonifacio papæ octauo ſcripſiſſet, iuris illius ſui regulam imaginationi mẽtis ſuæ applicari non poſſe, primus inducit, nullos eſſe actus legitimos, qui diem & conditionem recipiant. Cuius ſententię duo video eſſe capita, quorum (vt verè dicam) neutrum intelligo. prius eſt, quod omnes actus legitimi purè fiunt. Nam pura in iure noſtro iis opponuntur, quib. neque dies, neque conditio adiecta eſt.l.etſi.8. D.de auct.tut. §.3.Inſtit. de verb.oblig. quæ pura ſunt, ex præſenti tempore ſtatum capiunt: alia ex temporis, aut conditionis euentu pendent. l.vſusfructus, 26.De ſtip.ſeru. Atqui teſtamentum, qui actus eſt (vt inter omnes conſtat) legitimus, diem & conditionem recipit. Nam teſtamentum, quod tribus verbis purè fieri poteſt, Titius hæres eſto.l.1. D.de her.inſt. totidem aliis verbis, conditione augeri poteſt: ſi vxorem duxerit, vel,

Cum capere poterit. l.in tempus.62. D.de her. inſt. neque quicquam notius eſt, quàm heredis inſtitutionem, & in diem, & ſub conditione fieri poſſe. §.pen. Inſt.de her.inſt. l.ſi mater.33. D.de vulg.ſubſt.Pari modo,quamuis tutoris in iure datio,neque diem,neque conditionem recipiat, tamen teſtamentaria recipit.l.8. §.1. l.11. De teſt.tu.l.6.§.1.De tut.§.3.De iis,qui tut.teſt. §.2. De Attil.tut. §.2. Quib.mod. tut.fin. quam tamen actum eſſe legitimum, & legitimis verbis fieri ſolitam, patet ex l. vlt. C. de teſt. tut. Verbis autem ipſius legis inductam, teſtimonio eſt l.ſæpè.53.ibi, SVPER PECVNIA TVTELAVE SVA. D.de verb.ſignifi. Sic manumiſſio per vindictam purè fiebat. at per teſtamentum, & in diem & ſub conditione. l. 17. l.23. D.de manum. teſt. Vnde ſtatuliberorum conditio in ſuſpenſo eſſe dicitur. l.pen. §. vlt. C.de neceſſ. hered.inſt. Alterum mihi obſcurum caput eſt, quod hæc locutio: *Quidam actus legitimi recipiunt diem vel conditionem*, hoc tantum ſignificat, *Quibuſdam actibus legitimis apertè diem vel conditionem adiici.* Primùm enim admodum inconcinnè, ne dicam pueriliter, Papinianus ita ſcripſiſſet, *Actus legitimi, qui recipiunt diei vel conditionis adiectionem, in totum vitiantur, per tẽporis aut conditionis adiectionem:* cùm ſatis fuiſſet, ſemel id vel in exordio, vel in extremo ponere: Deinde, quis ignorat, vſitatum hoc eſſe loquendi genus, & Iuriſconſultis familiare, vt dicant res quaſdam recipere aliquid, aut non recipere, pro, naturam earum hanc eſſe, vt aliquid

quid aut ferre possint, aut ferre non possint. veluti, Quædam obligationes recipiunt diuisionem, quædam non recipiunt: ait l.2. De verb. oblig. quædam recipiunt partis præstationem, quædam non recipiunt. ait ead. l.2. & l.72. D. eo. quidam contractus dolum tantum recipiunt, quidam etiam culpam recipiunt: ait l. 23. De reg. iur. Liberi hominis corpus non recipit æstimationem, Serui hominis corpus recipit: ait l.3. D. si quadrup. Quemadmodum igitur, cum dicimus operis efficiendi stipulationem non recipere diuisionem: certæ pecuniæ, recipere: hoc significamus, eius diuisione corrumpi, aut non corrumpi stipulationem: vt loquitur d.l. 72. Pari modo cum dicimus, Actus quosdam non recipere diem aut conditionem, quosdam recipere, sine dubio illud significamus, Quosdam actus diei vel conditionis adiectione vitiari, quosdam non vitiari. Quanquam, quid opus est verbis? cum absurdissimè Papinianus ita scripturus fuisset, *Actus legitimi, qui recipiunt dilationem, in totum vitiantur, per dilationis adiectionem.* Nam si recipiunt, si admittunt, si patiuntur, si ferunt, certè sine sui corruptione, sine vitio, sine interitu, id patiuntur, & ferunt.

Sequitur, *Malè, aliud esse actus legitimos, aliud legis actiones, & legis actiones definiri, in l.2. De orig. iur. quib. inter se ciues disceptant, ex xij. tab. Nec enim has solas dicit esse legis actiones, sed tantum appellari legis actiones, sicut Caius in inst. dum, enarrata formula cessionis in iure subiicit, Idque legis actio vocabatur, certè non definit*

*legis actionem.*

Imò rectè,& verè dicimus,tantum inter has, & illas interesse , quantum inter genus, & speciem. Nam omnis legis actio,legitimus actus est.At non siquis est actus legitimus, continuò legis actio dici potest, quia legis actionès eæ demum dicuntur,quæ ex verbis conceptę sunt, quarum quædam in iure exercebantur, & apud magistratum , cui propterea legis actio esse dicebatur.l.1.C.de adop.l.1.D.de off.iuri.Ale.l.2. §.vlt.& l.seq. D.de off.proconf. quo in genere fuit in personam aut in rem actio:ciuilis deniq; omnis, & criminalis actio, siue accusatio : item adoptio , emancipatio , manumissio per vindictam,in iure cessio, nominis in reos relatio,siue accusatoris in crimen , quibus etiam addo, querelam inofficiosi testamenti.Extra ius verò, veluti arrogatio,in ius vocatio,antestatio,mancipatio , testamenti nuncupatio , vsurpatio per infractionem surculi,cretio, hereditatis aditio. Legitimi autem actus dicuntur,etiam qui ex legis mente & sententia, sine vllius certæ legis expressis verbis instituti sunt, veluti legati optio, conuentio in manum , repudium, diuortium, in diem addictio , acceptilatio : de quibus singulis superius explicauimus. Quod autem sequitur , legis actiones non definiri ( vt dixeram ) in l. 2. De orig. iur. quibus ciues inter se disceptabant:verba ipsa testimonio sint: *Et his legibus*,inquit,*actiones compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent: & appellatur hæc pars iuris legis actiones.* Perperam igitur Tribonia-

nus. Nam Pomponium magnæ partis illius historiæ auctorem non fuiſſe, iampridem ex ſtilo & genere dicendi demonſtrauimus. ſed huius rei diiudicandæ poteſtatem nec Apulei nec Sidonij diſcipulis facilè permittemus. Denique, ſi ea pars iuris qua eæ actiones, quibus inter ſe ciues diſceptant, ſpecialiter legis actiones appellatur, cui dubium eſt, quin legis actiones ſpecialiter definiantur, quibus inter ſe ciues diſceptant? quandoquidem (vt Dialectici loquuntur) definitum & definitio inter ſe reciprocantur.

Sequitur, *Malè inter legis actiones, vel actus legitimos numerant ſtipulationem, vocationem in ius, in diem addictionem, qui & legem commiſſoriam olim numerarunt, inter leges populi R.*

Nimirum hoc illud eſt, quod Tullius quodam loco ſcribit, homines eſſe quoſdam, qui anquirunt, in quos acerbitatis ſuæ virus euomant. Mendacium eſt, quod mihi falsò & impudenter obiicitur, ſcriptum à me fuiſſe, ſtipulationem legitimum actum fuiſſe. Nunquam id mihi vel excidit, vel in mentem venit. Sed tamen, vt ſtudioſorum vtilitati conſulamus, commodiſſimum videtur, quæſtionem proponere, quamobrem acceptilatio inter actus legitimos referatur, ſtipulatio non referatur? Nam vtraque fit inter præſentes, vtraque interrogatione & reſponſione conſtat, vtraque certis verbis concipitur. Ego, pro mea virili parte, ſic ſentio, neque ſtipulationem, neq; nouationem, neque quamuis acceptilationem, ſed

Aquilianam duntaxat in eum numerum referendam esse: hac de caussa: quoniam illæ neque ex vlla lege, neque ex vllius legis sententia institutæ fuerunt, & cùm assiduè, tùm etiam leuibus de rebus frequentabantur. Vulgaris autem acceptilatio ex sententia vsitati iuris inducta erat, vt quo quidque modo contractum fuerat, contrario modo tolleretur. l. ferè D. de reg. Iur. Aquiliana verò primum auctoritate Iurisconsulti nobilis inducta & moribus recepta, legis vim obtinebat. arg. §. 1. De acqu. per arrogat. & §. 1. De fideic. hered. sicuti formulæ de dolo malo, & de nepote postumo, viuo adhuc filio, herede instituendo eiusdem summi viri auctoritate inductæ sunt: deinde non nisi ad caussas grauiores adhiberi poterat, cum scilicet tolli, quibuscunque aliis de caussis, contractas obligationes placebat: hoc est, non modò verbis, verùm etiam re, consensu, nominibus. l. 1. l. 8. l. 18. D. de acceptilat. præterea non modò non quotidiano, & vsitato iuri consentanea erat, verùm etiam iuri ciuili aduersabatur. quippe, cùm obligationes alio (vt dixi) modo, quàm verbis contractas, verbis soluere nitebatur, contra l. pen. D. de solut. & alias consimiles.

Sed iam ad reliquas criminationes properemus.

In ius vocationem, & dixi, & iterum dico, legis esse actionem, cum in leg. XII. tab. caput hoc fuisse constet, *Si in ius vocet, atque eat. si pedem struit, manum endo iacito.* Addictionem autem in diem, cur non legitimum actum appellem

lemus, cum & certis ac ſolennibus verbis conciperetur? l.1. D. de in diem addict. & ſolennis appelletur, in l. quæ ſpecialiter.9.C.de diſtr. pignor. l. quæcunque.5. C.de fid. inſt. & iur. haſt. fiſc. & multis conſtet formulis, quas in quodam conſilio, quod Deo volente propediem edetur, accuratè dinumerauimus. De lege commiſſoria iam dudum, ante annos opinor viginti, calumniatoribus reſpondi, non illum meum, ſed typographi, vel potius pueri, & glutinatoris ipſius peccatum fuiſſe: qui, cùm in ea capſula, in quam voces à litera L incipientes congeſſeramus, verbum illud reperiſſet, temerè in primam editionem noſtri de verbis iuris commentarij retulit. Sed cum adoleſcens multis antè annis tantum in Verrinarum commentariis, pòſt etiam in libello de legibus ſpecimen meorum in antiquitates ſtudiorum oſtendiſſem, quis, niſi peruerſo ac prauo ingenio, tantam mihi ἀνιστορησίαν obiicere voluiſſet, vt crederem pactionem commiſſoriam fuiſſe publicam populi Rom. legem? Sed heus tu, qui mihi alienum peccatum tam inuidiosè obiicis, & legem commiſſoriam commemoras, nunquid Gliciæ tuæ legis oblitus es, & tantæ in antiquitatibus Romanis imperitiæ, vt toties dicere, & inculcare auſus ſis, Romanas leges interdum ex latorum cognominibus appellatas, atque in his Norbanam, Peduceam, Poppæam, & Allienam fuiſſe? quaſi hæc ciuium R. cognomina fuerint, non familiarum certiſſima nomina, vt iam pridem Fuluius Vrſinus, & alij eruditi viri in li-

bris famil.Rom.docuerant. Quàm turpe eſt tot vlceribus obſitum alienas (vt in prouerbio eſt) papulas obſeruare?

Sed reliqua videamus. *Malè, inquit, procuratoris dationem, appellationem, iuſiurandum, tutoris auctoritatem, vſurpationem, vadimonium, comperendinationem, & quem non actum igitur, qui modò iure fiat, quem & abuſu quodam poſſent dicere legitimum, vt teſtimonij dictionem. l.pen. C. de hæret.pro conuerſatione legitima, ſiue forenſi, vt eadem lex interpretatur, ſed non ex vſu ſolennis iuris, non ex ſententia d.l.actus legitimi.*

Procuratoris dationem iccirco & dixi, & iterum dico, actum legitimum fuiſſe, quia procurator dari ſine ceſſione actionis, id eſt, ſine mãdato, non poteſt. imò procuratorem ad agendum dare, nihil aliud eſt, quàm actionem cedere, mandare, pręſtare, exhibere: quoniam ita ius ciuile comparatum fuit, vt actionem vni quæſitam exercere alter ſine ceſſione non poſſet. l. 1. C.per quas perſon. l.quæcunque, 11. D.de oblig.& act.l.7. C.ſi quis alt.vel ſib.l.naturalis, 5. §. pen. D.de perſcript. verb. l.tutori, 20. C.de negot.geſt. Cùm autem cedi dicitur actio, directa cedi actio intelligitur, l.emptor, 5.l.ex nominis, 8.C.de hered.vel act.vend.l.4. C.ſi cert. pet. & apertiſſimè omnium in l. vlt. C. quand. fiſc. vel priuat. Ac verum quidem eſt, procuratoris dationem neque lege ſcripta inſtitutam, ſed moribus inductam, neque certis & ſolennibus, ſed nudis & vulgaribus verbis fieri ſolitam. §.1.per quos ag.poſſ.& apud Paul.Sentent.

1.tit.

1. tit. 3. sed cùm cessione actionis constet, nihilominus dici legitimus actus potest, quàm acceptilatio, quæ vel vnius Iurisconf. auctoritate, vel potius fori consuetudine in vsum recepta est. Appellationem autem cur dubitemus in actus legitimos referre? cum & actus sit ciuilis, qui secundum legem fieri dicitur. l. præses, 27. D. de iudic. ac solenniter fiat, aut apud acta, aut libello: & tantæ sit auctoritatis, potestatis, iuris. vt sententiam à iudice pronuntiatam (rem omnium grauissimam) illicò perimat, atque extinguat. l. 1. §. vlt. D. ad Sen. Turpill. l. 2. §. vlt. De pœn. Iusiurandum porrò, quod vulgò iudiciale dicitur, quid est, cur ab hoc numero seiungamus? cùm & acceptilationis vim habere dicatur, l. iusiurandum, 40. D. de iureiur. & certis verbis apud iudicem ita conciperetur, vt si seruata formula non esset, frustra iuratum, atque idcirco iterandum iusiurandum esset. l. 3. §. vlt. & l. seq. & l. quem per salutem, 33. D. de iureiur. & secundum illud iudex in disceptanda controuersia sententiam pronuntiaret. d. l. 3. §. 1. & l. 34. eo. adeo vt in quibusdam caussis maiorem habere vim, quàm res iudicata dicatur. l. 2. D. eod.

Venio ad tutoris auctoritatem, quæ fuit expressa probatio eius negotij, quod à pupillo, præsente tutore, gestum est. l. 4. l. 9. §. pen. l. 10. D. de auct. tut. l. 1. in fin. De tutel. Nam is demum auctor esse dicitur, qui præsens pronuntiat, se probare, quod actum est, l. pupillus, 11. De acq. rer. domin. l. pupillus, 89. De reg. iur.

Qua de caussa mutus tutor esse non potest. d. l. 1.§.1.eod. Iam cùm vsurpatio,& surculo defringendo, & aliis formulis & vsucapionem interrumpendam accommodatis fieret, atque (vt ex trinoctij vsurpatione probabile est) lege XII. tab. inducta esset, non video, cur ab hoc eodem ordine segreganda sit. Vadimonium verò,& comperendinationem, quorum vtrumque certis verborum formulis constabat, & legum expressis verbis inductum erat, quid est, cur legitimos fuisse actus negemus? Restat testimonij dictio, forensis certè actus, & iudicialis: quem Imperator in l. pen. C. de hæretic. Actum legitimum ita liquidò ac disertè appellat, vt neque cauillandi neque calumniandi locus supersit. Commemoratur carneades, qui caussas sępe bonas ingenij calumnia ludificari solebat. Sed neque Carneadem habemus aduersarium, neque iudices Bœotos ac stupidos. Postquam Iustinianus Manichæos à testimoniis exclusit, mox de Montanistis,& aliis scribens, *Quibus*, inquit, *pro reatus similitudine omnis legitimus actus interdictus est.* Quod verbum, quia latè admodum patet, mox ita subiungit, *Omne testimonium sicut & alias legitimas conuersationes, sancimus esse interdictum.* Hoc est præter testimonium, etiam alios omnes actus legitimos, qui in cœtibus forensibus exercentur. Verùm hæc quidem de maleuola, maledica, & malè sana obtrectatione, satis supérque dicta sint. Finem igitur subiecto antiquo insigni epigrammate faciemus.

Ὅστις τοι δοκέει τὸν πλησίον ἴδμεναι οὐδὲν,
Ἀλλ' αὐτὸς μοῦνος ποικίλα δήνε' ἔχειν,
Κεῖνος γὰρ ἄφρων ἐστὶ, νόου βεβλαμμένος ἐσθλοῦ.
Ἴσως γὰρ πάντες ποικίλ' ἐπιστάμεθα.

---

## QVÆSTIO XXXV.

### *An Imperator de Ducatu, quem ante adeptum imperium habuit, etiam post imperium adeptum fidelitatem præstare debeat.*

EX facto incidit (vt eſt apud Ardizonem) Fridericum Principem, cùm ab initio dux eſſet, & pro ducatu fidelitatem faceret, diuino nutu poſtea Imperatorem creatum. Petita ab eo fidelitate pro ducatu, petenti domino reſpondiſſe, non teneri ſe fidelitatem facere: cùm omne hominum genus ſibi fidelitatem debeat, & ipſe ſoli Deo & Romano pontifici. Sed cùm inſiſtente feudi domino, de hoc contenderetur, Proceribus prudenter viſum eſt, feudum amiſſum eſſe, vel alium ducem in ducatu conſtituendum, qui feudo ſeruire debeat, & domino fidelitatem faciat. Hæc Ardizo in articul. feud. §. 28. Summa autem quæſtionis ad genus vniuerſum reuocatæ, eſt huiuſmodi, An Vaſallus maiorem Seniore ſuo dignitatem adeptus, ab eius dominio liberetur. Nam pro Friderico hæc pugnant: Primùm, quòd cùm Imperator ſummum dignitatis & poteſtatis gradum obtineat, abſurdum videtur eum in alterius clientela eſſe, ac iurare hominem ac vaſallum alterius

esse, obsequium illi & obseruantiam redditurum, & eandem illi præstiturum, quam Vasallus suo seniori debet: quam solennem esse fidelitatis præstãdæ formulam constat ex lib. Feud. 2. tit. 5. tit. 6. ti. 7. neq; enim qui magistratum obtinent, vel ab inferiore vel etiam à pari contra dignitatem aliquid facere compelli possunt. l. 3. in fin. & l. 4. D. de recept. qui arb. prȩsertim cùm multarum gentium institutum sit, vt Vasallus fidelitatem iurans cingulum deponat, & Senioris manum osculetur: eique se in fidem & clientelam commendet quòd Imperatoria maiestate planè indignum videtur. Secundò, quòd cùm Imperator caput orbis Christiani dicatur in aurea Bulla Caroli IV. cap. 2. Vasalli autem collegium habeant eorum quos Pares appellant: quod sint (vt Græci dicunt) ὁμότιμοι: alienum ab Imperatoria dignitate videretur, collegam & parem dici Principibus aut nobilibus multo inferioribus: cùm magistratuum & dignitatum gradus confundi non oporteat. l. potioris, 5. C. de off. rect. prou. & l. 1. C. de off. præf. vrb. Vnde illud Plinij ep. 1. In tribunatu abstinui caussis agendis, quod deforme arbitrabar, cui loco cedere omnes oporteret, hunc omnibus sedentibus stare. Tertiò, quemadmodum is qui Senatoriam dignitatem adeptus est, quantum ad munera, municeps esse desinit, ne illis amplius sit obnoxius: l. municeps, 23. D. ad munic. ita qui maiorem aliquam dignitatem adeptus est, videtur muneribus à dignitate sua dissentaneis liberatus esse. Ex contraria verò parte hæc pugnant

gnant. Primùm quòd si feudum est in agris, id est, si agri non allodiales sunt, sed feudales, qualitas & conditio prædij propter mutatam possessoris conditionem non immutatur. l.4.§. is verò, D.de cens. l.cùm vnus, 12. §. vlt. D.de reb.auct.iud.poss. Itaque in vectigalibus ipsa prædia magis quàm personæ obligata esse dicuntur. l.Imperatores,7. D.de public. Sic agri quib. onus aliquod iniunctum est, mutato possessore, onus tamen illud retinent. l.vsufructu, 7.§.vnde Celsus, l.si pendentes, 27.§.siquid, D. de vsuf.l.Paula, 27.§.vlt. De legat.3.l.2.& l.Lucius,12. D.de alim. leg. Sinautem feudum est non in agris, sed in iuribus qualem istum fuisse Ducatum propositum est (nam iurium & honorum feuda constitui, patet ex lib. Feud.2.tit. 61.) tamen regula est feudalis iuris, quæ ad superiorem casum pertinet. vt Beneficium non detur, nisi propter officium & beneficij agnitionem. lib.feud. 2.tit.21. Secundò ne summus quidem magistratus, veluti Consulatus, antiquo ciuili iure patriam potestatem extinguebat: vt Dionys.Halic. lib.2.scribit, & satis constat ex l. 3.D.de adopt.& l.ille à quo,13.in fin.D.ad Trebel.l.1.§. vlt. D.ad Maced. nam publici iuris ratio à priuato iure separatur: neque alterum alteri impedimento est. l. filiusfam. 9. D. de his quæ sunt sui iur.l.nam quod,14.D.ad Treb.l.6. D.de cap.min.l.apud filium,18. D. de man.vindic. Quocirca nihil prohibet, in Friderico duplicem conditionem spectare: vnam Vasalli quæ priuati iuris erit, propter beneficium ab a-

liquo acceptum: alteram ſummi magiſtratus: cuius reſpectus ſummam poteſtatem habebit, quemadmodum filius in patrem. d.l.ille à quo. Cuius rei ſingulare exemplum notum omnib. eſt ex Liuio, Plutarcho, & Valerio, de Q. Fabio Maximo, qui à filio Conſule de via decedere, & ex equo deſcendere iuſſus eſt. Denique nihil eſt incommodi vnum eundémque duas perſonas diuerſo reſpectu ſuſtinere: vt in dict.leg.3. D. de adoptionibus, vbi filiusfamil. Conſul apud ſemetipſum manumittitur. Tertiò ſi propter nouam à Vaſſallo adeptam dignitatem feudalis conditio amitteretur, multa conſequerentur incommoda: veluti, vt Friderico ſine liberis mortuò eiúſque ſtirpe extincta, feudum ad Seniorem ſuum non reuerteretur: contra lib.2. tit.15. & tit.18. & tit.26. & tit.31. vt ei ſine Senioris permiſſu feudum illud alienare liceret contra lib.2.tit.52.§.1.&tit.40.§.2.&ti.55. Quartò quod hic obiicitur Imperatorem ſoli Deo & Romano pontifici fidelitatem debere: videmus in c. Adrianus, diſt. 63. Adrianum papam cum vniuerſa ſynodo decreuiſſe, vt Pontifex ipſe ab Imperatore crearetur. idémque ipſum ius creandi Pontificis & Epiſcoporum Leo papa Imp. Ottoni deberi agnoſcit. in c. in ſynodo. ibid. Sigeber. in Chron. an. 773. Adrianus Papa ad tuendas res Eccleſię Carolum magnum Romam accerſit. Ibi ſynodum conſtituit cum Adriano, aliiſque CLIII. religioſis epiſcopis & abbatibus, in qua Adrianus papa cum vniuerſali ſynodo dedit ei ius eligendi Pontificem, & ordinandi

dinandi Apostolicam sedem, dignitatem quoque principatus. Atque hæc quidem ita disputari possunt, multo (mea quidem sententia) probabilius quàm quod Ardizo testatur, placuisse nonnullis Proceribus; feudum amissum esse. quo iudicio Seniori à quo Ducatum Fridericus in feudum acceperat, eiúsque posteris apertissima iniuria inferebatur: quibus sine vlla culpa ius feudi adimebatur: cùm absurdum sit propter nouam Vasalli dignitatem Seniorem detrimento affici: cui ius suum nisi certis de caussis non eripitur, lib.2. tit.23. & tit. seq. præsertim cùm neque patri ob filij dignitatem antiquo iure sua potestas adimeretur: vt suprà dictum est ex l.ille à quo, 13. D.ad Treb. neque liberti, nisi consentientibus patronis, ius aureorum annulorum adipiscebantur. l.3. D.de iur. aur. ann. neque à potentiore aliquo sine eorundem consensu adoptari poterant. l.liberto, 49. D.de bon. lib. neque natalibus restitui. l.2. in fin. & l.vlt. D. de natal. restit. Quare multo probabilior & verior eorum fuit sententia, qui Ducem alium in illo Ducatu sufficiendum esse iudicabant: propterea quod Vasallo permissum est, si obsequium ipsemet præstare nolit, alterum suum in locum substituere. lib.2. tit.8. §.vlt. & tit.34. §.3. & tit.55. §.præterea. Quanquam ne huic quidem quæstioni vsquequaque hoc modo satisfactum est. Quid enim si se Ducatu abdicare Fridericus nollet? quare intelligendum est duplex hominij & clientelæ genus esse, quemadmodum Proculus fœderis duas species esse osten-

dit.l.7.D.de capt.& postl. Vnum enim Personale est, alterum verò Reale. Personale est, cùm Vasallus Senioris sui caput, fortunas, & existimationem sese modis omnibus conseruaturum iurat: tanquam deuotus sui patroni: cuiusmodi solenne & vsitatum illud est hominium, de quo passim in iure feudali tractatur: ac præsertim lib.2.tit.5.& tit.seqq. Reale verò est, quod propter prędium ipsum, agnoscendi scilicet auctoris beneficij caussa, præstatur. Denique quod Hominium feudale appellari docuimus c.Dispu.Feu.24. cùm reuerētia tribuitur alicui, cùm promissione fidelis & grati animi, ob beneficium non modò ab se, verumetiam à maioribus acceptum, sine vllius insignis operæ obligatione. Neque quicquam prohibet non modò eum qui Senioris ac Principis vnius ditioni subiectus est, alteri Principi prædiorum caussa quæ in ipsius finibus habeat, hominium illud præstare: verumetiam Regem alteri regi, ac principi, vel pari, vel inferiori: cuius rei passim exempla extant in Chron. velut in Annalib. Britan. lib.4. c.92. vbi Dux Britanniæ, qui tunc Regulus erat, Galliæ Regi propter Comitatum Monfortianum fidelitatem iurat. Item in Chron. Dionys. c.33. sub Carolo v. Rex Nauarræ Galliæ Regi hominium fecisse dicitur, & fidelitatem iurasse possessionum earum nomine, quas in Galliæ finibus habebat. Item apud Theodorum Nihem lib.histor.2.c.25. vbi scribit, Delphinatum Galliæ Regi ea lege condonatum, vt Primogenitus Regni principatum illum tanquam Vassal-

lus

lus imperij teneret in feudum,& inde Delphinus vocaretur. Item apud Anton.Florentinum hist. part.2. tit.17. & sæpe in nostris Annalibus memoriæ proditum est,Regem Angliæ possessionum quarundam nomine, quas in Galliæ finibus habebat, hominium & fidelitatem Regi Galliæ iurasse. Eodémque pertinet quod Vlp. scribit in l.4. §. 2. D. de cens. cum qui alterius ciuitatis ciuis est, in altera prædia possidet, eorum prædiorum nomine tributum ei ciuitati debere cuius in territorio illa sunt prædia. Quo in genere munera illa sunt, quæ in lib. nostris Rei cohærentia dicuntur. l.sunt munera, 11. D. de vac.muner.Item Intributiones quæ in agris fiunt. l.rescripto, 6. §.vlt. D.de mun.& honor. Vt illud omittam,quod vbi conditionis personæ mutatio contingit, eius præcipuè temporis quo institutum negotium est ratio ducitur. l. Pomponius,18.de ne.gest.l.tut.37.D.de admin. tut.

---

## QVÆSTIO XXXVI.

*Vtrum adiuncti pacti eadem tum in strictis,tum in bonæfidei contractibus vis sit,aut verò quibus in rebus sit dissimilis.*

PRæclara hæc quæstio est:quæ propositis aliquot enuntiatis explicanda est.quorum primum erit huiusmodi,Pactorum nudorum quędam simplicia sunt, & per se constant: quædam alteri principali negotio attributa sunt:quæ iccirco Attributa,vel Adiuncta, vel Relata dice-

re possumus: quoniam per se non constant, sed ad alium principalem contractum referuntur. veluti, cùm quid præter contractus formã conuenit: de qua mox disseremus. Prius enim secundum enuntiatum exponendum est. II. Pactorum Relatorum alia ex continenti, alia ex interuallo fiunt. Ex continenti, cùm in ipso gerendo negotio quid conuenit: siue ante, siue post ipsum negotium id conuenerit. l.3. C. de ædil. act. l. petens 27. C. de pact. Ex interuallo, vt cùm tempus mediocre aliquod interiectum est. l. continuus, 136. D. de verb. obl. l. duos reos, 6. in fin. D. de duobus reis const. Seq. III. Eorundem relatorum aliud est Detrahens, aliud Adiiciens. Nam cum sua cuique contractui forma sit, vel naturalis, vel conuentionalis: pactum Detrahens dicitur, quod illi formæ partem adimit. Adiiciens vero, quod eidem partem adiungit. l. pacta, 72. D. de cont. empt. & l. contractus, 23. D. de reg. iur.. in illis verbis, Nisi quid nominatim conuenerit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus, nam si plus conuenerit, erit, Adiiciens: si minus, Detrahens. Naturalem formam appello, quæ cuique contractui iure ciuili tributa est: siue (vt loquitur Vlpian.) quòd naturaliter inest cuiusque contractus iudicio. l. ex empto, 11. D. de act. empt. & Paulus, ius quod lex eius naturæ tribuit. l. si vnus, 27. §. pactus, in fin. D. de pact. veluti, naturalis forma emptionis & venditionis est, vt simpliciter de euictione caueatur, l. si duo, 13. §. 3. D. de iureiurand. l. prima, §. primo, D. de præt. stip. l. 4. D. de

de euict. si conuenerit, ne cautio præstetur; pactum est detrahens. d. l. ex empto, & l. emptori, 37. D. de euict. si conuenerit, vt satisdato præstetur, est adiiciens. l. quarta, & d. l. emptori, & l. si dictum, 56. D. de euict. Sic naturalis forma depositi est, vt dolus solus præstetur. l. 1. C. dep. At si conuenerit, vt etiam culpa præstetur, pactum est adiiciens. l. 1. §. si conuenit, D. eod. Sic naturalis forma commodati est, vt culpa præstetur. at si conuenerit, vt solus dolus præstetur, pactum erit detrahens. l. si vt certo, 5. §. interdum, D. commod. Atq; hoc nimirum est quod Pomponius ait, obligationum caussas pactione immutari posse. l. nec ex prætorio, 27. D. de reg. iur. & contractus modum excedi. l. Publia, 26. §. 1. D. depos. vel eius naturam. vt in l. 5. §. pen. D. de præscr. verb. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Conuentionalem verò contractus formam appello, quę partium conuentione cuique contractui attributa est: quoniam (vt vulgò dicitur) lex dat formam contractui. l. in conuentionalibus, 52. D. de verb. oblig. d. l. contractus, & l. 7. §. 1. & l. in emptionibus, 43. D. de pact. veluti, si in bonę fidei contractu conuenerit, vt vsuras debitor soluat. Itaque si ex interuallo conuenerit, ne vsuræ soluantur, hoc pactum Detrahens appellatur: vt detrahens dicatur non modò quod naturali, verumetiam quod conuentionali contractus formæ partem aliquam adimit. Sequitur IIII. Pactum detrahens & adiiciens duplici ratione dicitur: nimirum respectu substantiæ & acci-

dentis,siue (vt Papin. loquitur) adminiculorum contractus. substantia siue natura emptionis & venditionis est, pretium, merx, consensus. l.2.§.1.l.nec emptio.8.D.de contrah.empt.accidens, sine quo consistere emptio potest: veluti, cautio de euictione. dicta l. emptori, De euict.l.qui erat,49.D.fam.ercisc. Ita Papin. apertissimè in dicta l.pacta, De cõtrah.empt.alibi autem Vlp. eum testatur hæc adminicula vocasse, quæ extra naturam contractus sunt. l.septima, §. primo, in fin. D.de pact. Atque hæc quidem hactenus generaliter & infinitè de pactis dicta sint: quorum disputatio quoniam contractuum bonæfidei & stricti iuris communis est, deinceps distributè à me tractabitur: vt prius de bonæfidei, tum de strictis contractibus differamus. Ergo quantum ad bonæfidei contractus prima enuntiatio hæc erit, 1. Pactum re integra de substãtia contractus detrahens, siue ex continenti, siue ex interuallo, re tamen integra adhibeatur, pacti nomen amittit: & vel Contractus vel Distractus efficitur: re verò iam sequuta interpositum, ad exceptionem valet. Nam si conuenerit vt equus centum aureis sit emptus: tum deinde quantumuis magno interuallo, re tamen integra, conuenerit, vt idem quinquaginta tantùm aureis sit emptus: noua hæc conuentio, non nudum pactum appellatur, sed nouus contractus: quasi nullus antea præcesserit.l.2.C.quand.lic.ab empt. l.si vnus, 27. §.pactus, l.emptor, 47.l.ab emptione, 58. D.de pact.l.2.D.de resc.vend. Idque adeò verum est, vt interdum

dum alius à priore contractus efficiatur. nam dos per pactum æstimationis naturam immutat, & emptio atque venditio efficitur. l. cùm dotem,10. C.de iur.dot. interdũ etiam vt quod pactum verè locatio & conductio erat, tamen emptioni & venditioni appositum pars huius efficiatur, venditíque actionem informet.l.fundi,79.D.de contr.empt.Similiter si emptio togæ aut lancis contracta sit,& re integra conuenerit, ne lancis emptio maneat, eius nomine emptio resoluitur.l.4.D.de resc.vend. Quòd si re non iam integra, sed sequuta interponatur, ex parte rei locum habet. l.si vnus,27. §. si cùm decem,& l.intra,41. D.de pact.l.5. C.eod.vbi,si cùm xx deberes, pepigerim ne decem petam, exceptio tibi pro decem conceditur. Similiter Depositum per pactum incontinenti efficitur Mutuum.l.certi,9.§.vlt. & l.seq.D.de reb.cred. efficitur etiam Conductio. l.prima, §. si vestimentum, D. depos. sicuti mandatum & commodatum, quod natura sua gratuitum est, mercede interueniente efficitur locatio. l.5. §.nunc videndum. D. commod.§.vlt.Inst.mandat.l.22. D.de perscrip.verb. seq.11. Pactum de adminiculis detrahens, si confestim adhibeatur, inest principali contractui ex parte actoris:sin ex interuallo,locum habet ex parte rei.dicta l.septima,§.quinimo,De pact. Inesse autem ex parte actoris est, valere ad actionem reformandam: id est ad solennem eius formulam ipso iure vel minuendam,vel amplificandam. quorum illud actori nocet,hoc verò prodest.vnde illud Pau-

li, Exceptiones pacti bonæfidei iudiciis inesse. l.3. D.de rescind. vend. l.huiusmodi, 84. D. de legat.1. quod ille sic interpretatur, actionem à prætore ex ea parte denegari. nam prætor in constituendo iudicio, vbi demonstratum erit, pactum illud interpositum fuisse, actionem ab ea parte non dabit. Similiter dicere solemus, doli exceptionem bonæfidei iudiciis inesse. nam hoc idem valet, vt actionem propter dolum ipso iure impediri, neque à prætore concedi. Cùm enim dolus bonæfidei aduersetur, vbi prætor dolum animaduertit, actionem denegat. l.domum, 57. in fin. D.de contrah.empt. l.& eleganter.7.D.de dol.mal.adeo vt quamuis ex stipulatione dolosa detur actio, tamen si dolus prætori appareat, actionem non concedat. l.prima, §.idem Pomponius, D.de dol. neque enim iis assentior qui hoc sic interpretantur, quasi ratio doli vel pacti à iudice haberetur, etiamsi eius exceptionem reus omiserit. non enim vsque ad iudicem res producitur: sed à prætore in constituendo iudicio & contestanda lite disceptatur. l. eleganter, 23. §. siquis, D. de cond. in dicta l.prima. §.sunt qui, D.nequid in flum.pub.l.inter cohæredes, 44. §.1. D.fam.erc. Itaque Iulianus in l. huiusmodi, 84. §. qui seruum, D.de legat.1. vbi scribit reum emptorem actione ex vendito absoluendum: quoniam, inquit, iudicium bonæfidei est, quod doli exceptionem in se continebat. In eandem sententiam sumptus inesse dicitur actioni de dote, atque ob eam caussam, vbi summam illius adæ-

quant

quant, actionem euanescere: quoniam doli exceptio ei inest. l. sed etsi, 21. D. solut. matrim. Nam quod dicitur IPSO IVRE, ad prætorem refertur. velut in l. postquam, 21. D. de compens. quoniam id quod inuicem debetur, ipso iure compensatur, ab initio minus peti: hoc est, actionem in minorem tantùm summam à prætore concedi. Denique Ipso iure & Per exceptionem passim opponuntur. veluti in l. 3. §. emancipati. D. de coll. bon. Verumtamen vbi de facto prætori non constat, rem ad iudicem reiicit, siue exceptioni locus sit: velut in l. nam posteaquam, 9. D. de iureiur. l. 3. C. de except. & l. 3. §. ibidem, D. ad exhib. siue non sit, & ipsius iudicij natura contineatur. l. planè, 38. D. de her. pet. Sed nunc ad institutum redeundum est. nam quid sit Pacti exceptionem contractui ex parte actoris inesse, satis dilucidè, vt opinor, explicatũ est. Superest vt videamus quid sit. Ex parte ei locum habere: quæ Vlpiani loquutio est in l. 7. §. quinimo, in fin. D. de pact. Nam quod vulgò in scholis dicimus *Ex parte rei inesse*, vereor vt satis commodè vsurpetur: tametsi vulgi errore inductus hanc loquendi consuetudinem ipse quoque nonnunquam sum sequutus. Ergo locum habere ex parte rei pactum dicitur, cùm ei ad exceptionem valet. Quod cùm ita sit, si in specie proposita, & emptione contrahenda pactum incontinenti fuerit, ne de euictione caueatur, pactum hoc ex parte actoris contractui inest: nimirum vt solẽnem eius actionis formulam imminuat. Cùm

enim naturaliter inesset empti iudicio, vt non modò res: verumetiam duplæ cautio peteretur, l. si duo.13. §. 3. D. de iureiur. nunc propter pactum detrahens, illa pars quæ ad cautionem pertinet, demetur. atque hoc nimirum est quod Pomponius scripsit, obligationum caussas pactione immutari, & ipso iure, & per pacti conuenti exceptionem. quia actionum modus, vel lege, vel per prætorem introductus priuatorum pactionibus non infirmatur (id est immutatur, nisi potius legendum sit *Informatur*) nisi tunc cùm inchoatur actio, inter eos conuenit. l. nec ex prætorio, 27. D. de regul. iur. ea. Quare si in emendo conuenerit, vt si res emptori intra certum tempus displiceret, redderetur, ex empto actio est. l. si conuenerit, 6. D. de resc. vend. Sic Vlpianus in d. l. 7. §. 1. Si quidem, inquit, ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insunt. Et mox, Ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt: si autem pactum illud ex interuallo adhibitum sit, tum verò locum tantum ex parte rei habebit. Nam venditori tantùm ad exceptionem valebit. d. l. 7. §. 1. in fin. de pact. Itaque cùm emptor per actionem ex empto duplæ cautionem postulauit, venditor ei pacti exceptionem opponet, Si non pactus sis de cautione non exigenda. Et hoc est quod Vlp. illo loco sic scribit, Ex interuallo non inerunt, nec valebunt, si agat: ne ex pacto actio nascatur. Ergo ex parte actoris non inerunt. veluti, Naturalis forma contractus do-

tis

tis eſt, vt ſoluto matrimonio annua, bima, trima die dos reddatur. l. 1. §. exactio, C. de rei vx. act. Si poſt diuortium, inquit Vlpian. conuenerit vt ſtatim dos reddatur, hoc non valebit: ne ex pacto actio naſcatur. Et mox reſponſum à Papin. eſt, ſi poſt emptionem ex interuallo aliquid extra naturam contractus conueniat, ob hanc cauſſam agi ex empto non poſſe, propter eandem Regulam, Ne ex pacto actio naſcatur. Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia ſolent & ea pacta quæ poſtea interponuntur, parere exceptiones. Seq. III. Pactum re integra ſubſtantiæ contractus adiiciens, ſiue ex continenti, ſiue ex interuallo adhibeatur, renouat contractum. At ſi re non integra interponatur, nullius momẽti eſt: veluti, ſi emptione ita contracta vt fundus centum aureis emptus ſit, re qui vtraque ex parte integra, rurſus conuenerit vt idem fundus ducentis aureis emptus ſit. nam cùm hoc pactum eſſentiam emptionis & venditionis contineat, non iam pactum nudum, ſed verus germanúſque contractus efficitur. l. 2 D. de reſc. vend. Vbi verò iam ſequuta res eſt, nullius momenti pactum eſt: quoniam ex pacto nudo actio non naſcitur. Seq. IIII. Pactum adiiciens adminiculis, ſi quidem ex continenti ſit adhibitum, ineſt ex parte actoris. ſin ex interuallo, tantum ex parte rei locum habebit. veluti, Conuenit vt venditor de euictione ſatiſdaret. ſi confeſtim id & in ipſo principali emptionis ac venditionis negotio gerendo conuenerit, valebit emptori ad actionem informãdam,

& noua adiectione amplificandam. ficuti videmus actionem adiectione noua amplificari in l.in bonæ,36.D.de pecul. nam emptor non modò rem, verumetiam fideiussorem sibi dari postulabit. Itaque intelligendum est quod traditur in l. qui fundum, 75. D.de cont. empt. qui fundum vendidit, vt eum certa mercede conductum ipse habeat, vel si vendat, non alij, sed sibi distrahat ad complendum id quod pepigerunt, ex vendito agere poterit: nimirum cum ex continenti pepigerunt. Eodémque pacta illa pertinent, vt certo loco quid præstetur. l.in bonæ,7.D.de eo quod cert.loc.l.5. D.commod. item vt ne in mari proximè fundum aliquem piscari liceat. l. venditor, 13. D. comm. præd. Quinetiam adminiculorum numero vsuras ascribi video in l.Publia, 26. §.1. D.depos. vbi pactum vsurarum incontinenti appositum actionem informat. Irémque in l.initio, 5. C.de pact. int.empt.& l.Lucius, 24. in fin.D.depos.l.si pro patre, 10. §.2. in fin.De in rem vers. Sin autem ex interuallo id conuenerit, tantùm ex parte rei locum habebit: vt scilicet ei ad exceptionem prosit. quod de venditore defendente nullo modo explicari potest, sed de agente, & ad iudicium prouocãte. nam cùm per venditi actionem pretium postulabit, tum emptor reus pacti exceptionem opponet, SI NON fideiussorem mihi promiseris. Atque ita Paulus intelligendus est in l.3.D.de resc.vend. Si emptor fideiussorem acceperit (id est conuenerit vt fideiussorem acciperet) ex empto quidem agi non

pot

poterit,quia bonę fidei iudicio exceptiones pacti insunt : id est, pactum ex interuallo appositum locum habet tantùm ex parte rei vt ad exceptionem valeat : ex parte actoris non inest, nec ad actionem informandam valet. Itaque venditor,inquit Paulus,siue ex vendito, siue ex stipulatu agens, pretium postulet, exceptione submouebitur. Sed satius esse arbitror totum illum Papiniani locum, breui adhibita paraphrasi exponere. Pacta conuenta principali contractui adiuncta quę postea (id est ex interuallo, vt in l.7.§.1.in fin.D.de pact.) facta detrahunt emptioni,hoc est, demunt aliquid de vsitata & solenni forma emptionis,videntur contineri cõtractu illo principali, vt siquidẽ confestim adiũcta sint,ex parte actoris insint,& ad actionẽ ipsius reformandã,id est vel imminuendam,vel amplificandam valeant. Quæ verò pacta contractui adiiciunt,id est solenni & vsitatę ipsius formæ aliquid addunt & alterutrius contrahentis obligationem adaugent, credimus ea pacta quæ postea & ex interuallo apposita sunt, contractui non inesse : nimirum ex parte actoris. veluti si pactum sit ex interuallo factum,vt dos confestim post diuortium petatur,non autem annua, bima, trima die:pactum contractui non inerit,ne ex pacto actio nascatur. l.7.§.adeò,D.de pact.Hoc autem locum habet tantùm in adminiculis. Ergo detrahentis pacti exemplum sit,ne cautio duplæ præstetur:adiicientis, vt cum fideiussore cautio duplæ præstetur. ac de adiicienti pacto sic concludamus. Quo casu

adiiciente pacto ex interuallo adhibito, agente emptore, & impleri contractum postulante, non valet pactum: id est, non prodest illi ad petendum fideiussorem: eodem casu (illo, inquam, eodem casu quo pactum adiiciens ex interuallo subiunctum est) agente venditore vires habebit iure exceptionis: id est, emptori proderit ad exceptionem. Atq; hæc quidem de adminiculis hactenus. nunc de essentia videamus: vbi notanda est apertissima oppositio & contentio substantiæ contractus cum adminiculis. Hîc Papin. eandem distinctionem adhibet pacti detrahentis & adiicientis. Substantia emptionis, inquit, consistit in Pretio. Ponamus pactum ex interuallo factum esse detrahens aliquid essentiæ: vt cùm prius conuenisset de centum aureis: nunc pactum fiat de octoginta, vel ex contrario, pactum adiiciens vt cum de octoginta prius conuenisset, nunc conuenerit de centum: non immeritò, inquit Papinianus, quæsitum est, vtrum hęc pacta insint, an non. Dubitandi caussa erat, quoniam principalis ille contractus superior per se ac suis viribus constabat, pactúmque hoc nudum superiori attributum eius tantùm appendicula quædam videbatur, sicut in aliis innumeris pactionibus vsuuenit. Hic siue Papinianus sententiam suam, vt in re dubia, sustinuerit, siue alibi iudicium suum exposuerit, solius certè Pauli responsio profertur, vt quoniam pacta illa fiunt de ipsius contractus essentia, non iam pacta nuda censeantur, sed plena, solida, substantialia: id est, veri germaniq; contract

tractus: nouámque noua illa conuentione emptionem veteri extincto contractu cõstituant: vt quodammodo quasi renouatus contractus videatur, sicuti loquitur Vlp. in d.l. §.adeò,D. de pact. Quæ cùm ita se habeant primùm videndum est ne pactum detrahens interpretemur, quo ab emptione receditur: adiiciens, quod ipsius adminiculis adiicit. quæ diuidendi ratio ab arte aliena est: cuius præceptum est,vt diuisio species cognatas ex vno eodémque genere diducat: vt si pactum detrahens interpretemur,quo ab emptione receditur:similiter pactum adiiciens definiamus quo emptio constituitur:quo nihil absurdius dici potest. Itaque alibi detrahens & adiiciens ad vnum idémque genus referuntur. l.1. §.3. D.de verb.ob. l.si ex toto,8.D.de leg.1.l.vlt.§.vlt.D.de leg.3.Videndum est præterea ne Papinianum absurdè locutum existimemus, vt Agentem venditorem dixerit,pro,defendentem.nam etsi agi etiam in exceptione dicatur.l.1. D.de except. tamen facile est animaduertere, locum huic abusioni in hac lege nullum esse. primùm, quia Papin. duos casus cõtrarios inter se opponit: quorum priore emptorem ex empto aduersus venditorem agentem constituit: posteriore, venditorem ex vendito agentem aduersus emptorem. Deinde, quoniam Paulus hanc ipsam speciem tractans in l.3.D.de resc.vend.similiter in eadem specie ita loquutus est: Venditorem, inquit,agentem exceptione summoueri oportet.Postremò,quia nullum huic sententiæ accommodari exem-

plum poteſt. Nam quorſum ſe venditor exceptione tueretur? cùm actionem emptor illo nomine intendere non poſſit: quippe, quæ ipſo iure deminuta ſit: vt ſuprà dictum eſt, ex d.l.3. De reſc.vend. Verùm hæc quidem de bonæfidei contractibus hactenus. Deinceps de ſtrictis contractibus videamus, quod argumentum totidem enunciatis tractabimus: quorum primum erit huiuſmodi: Pactum de ſtricti contractus ſubſtantia detrahens ſi confeſtim adhibitum ſit, ineſt ex parte actoris: at ex interuallo interpoſitum, tantùm ex parte rei locum habet. veluti, ſi tibi decem dedero, vt nouem debeas non amplius ipſo iure debebis, quàm nouem. l.rogaſti.11.§.1. D.de reb.cred. Reformabitur ergo atque imminuetur creditoris actio; ſic vt petere niſi nouem non poſſit. Verùm ſi ex interuallo id pactum eſt, tantùm ad exceptionem valebit. l.ſi vnus. 27. §.ſi cùm decem. l. intra, 41. D.de pact.l.5. C.eod.vbi ſiqui decem ſtipulanti ſpoponderat, poſtea pactum fecerit, ne amplius quàm quinque deberet, pacti exceptione munitus eſſe dicitur. Cur autem aliud in his, aliud in bonæfidei contractibus ſtatuatur, cauſſa expedita eſt: quoniam hìc integra res non eſt: quod in bonæfidei iudiciis requiri oſtendimus. Seq.it. Pactum detrahens de adminiculis ſtricti contractus, ſi confeſtim adhibeatur, ineſt ex parte actoris: ſin ex interuallo, locum habet ex parte rei. l.obligationum, 44.§.1. D. de obl. & act. vbi Paulus ait, conditionem efficacem eſſe, quæ in conſtituenda obligatione in

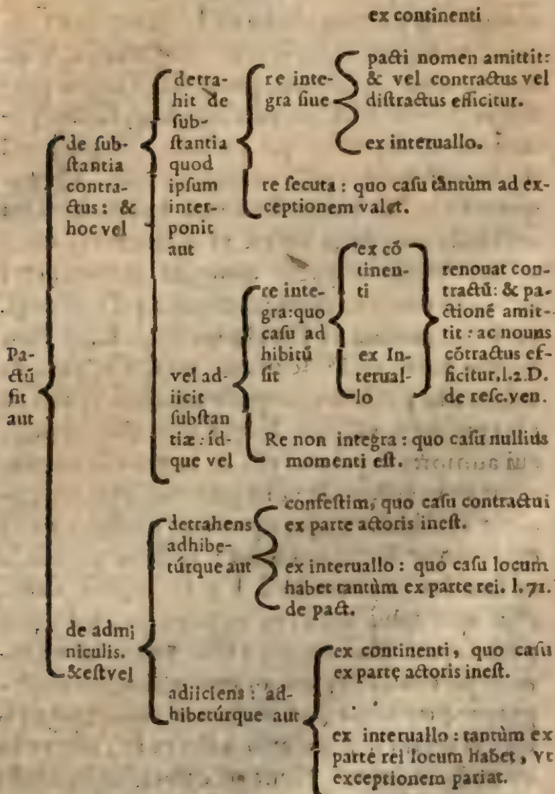
ne inseritur, non quæ post perfectam eam ponitur. veluti, Centum dare spondes, nisi nauis ex Asia venerit? sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni pacti conuenti. Nunc de priore parte videamus. nam si stipulatus centum continuò pepigerim vt per partes soluere liceat: pactum incontinenti factum stipulationi inesse Paulus scribit in l. lecta, 41. De reb.cred.nimirum ex parte actoris,vt actionis forma immutetur: & creditor non plus singulis pensionibus petat, quàm quantum pacto expressum est.Similiter si sortem & vsuras purè stipulatus confestim pepigero, vt donec vsuræ soluantur sortem non petam, conditio stipulationi inesse dicitur in d.l. 4.§.1. D.de pact. Planè singulari casu pactum huiusmodi confestim interpositum, non tamen ex parte actoris inerit,sed ex parte rei locum habebit. nam si tempus obligationi adiectum sit, veluti vsque ad Kalendas, post tempus petere quidem stipulator poterit,sed pacti conuenti exceptione submouebitur: ait Paulus in d.l.obligationum.44. De obl. & act. & l.si mandata,59. §.2. D.mand. sed ratio hæc est,quoniam propriè obligatio ad tempus non constituitur.d.l.obligationum. At si ex interuallo adhibitum fuerit, tum ad exceptionem tantum valebit. vt modò dictum est ex d.l.obligationũ, itémque in l.2.§.item quæritur.D.de dol.excep.vbi stipulatus purè,si postea paciscatur ne ante diem petat, si prius petat, pacti exceptione repellitur. Atque hoc ex loco interpretanda est l.siquis,49.D.de pact.

vbi Vlp.agit de pacto,vt quatenus facere debitor poſſit,eatenus creditor agat. Nam illud pactum incontinenti appoſitum fuiſſe neceſſe eſt, cùm de imminuenda actione loquatur. quod ſi ex interuallo factum eſſet, ita conceptum fuiſſet,quatenus facere poſſit,debitor teneatur:atque ad exceptionem valeret. Seq.III. Pactum ſubſtantiæ contractus adiiciens quocunq; tempore adhibeatur, nullius momenti eſt. nam ſi credidero tibi decem vt mihi vndecim debeas, amplius quàm decem petere non poſſum. d. l. rogaſti, §. 1. D. ſi cert. pet. & l.ſi tibi.17. D.de pact. vbi Paulus rationem ſubiungit: Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum eſt. Cauſſa autem differentiæ à bonæfidei contractibus ſuperius expoſita eſt,quoniam hîc res non eſt in integro. cauſſa differentiæ ab enunciatione ſuperiore.quoniam illud pactum onerabat obligationem: hoc autem ſubleuat. qua de cauſſa fauorabilius eſt.l.47. D.de obl.& act.Seq.IV.Pactum adiiciens adminiculis contractus, ſi quidem continuò adhibitum eſt, ex parte actoris ineſt:ſin ex interuallo, locum habet ex parte rei duntaxat.l.ſi ita quis,135.§. Seia. D.de verb.obl. vbi actio ex ſtipulatu dari dicitur ei qui continuò poſt ſtipulationem pactus fuerat. itémque in l. iure. 5. C. de fideiuſſ. vbi pactum vt antè cum reo quàm cum fideiuſſore agatur, actionem aduerſus fideiuſſorem impedit.& l.3. D.de reſcin.vend.vbi ſi emptioni ſtipulatio adhibita fuerit,& ex continenti conuenerit,vt venditor de euictione ſatiſdet, Paulus

in fi.

in fi.legis scribit, emptorem ex stipulatu agentem petiturum vt satisdetur. similitérque si crediderim tibi ea lege, vt mihi Romę soluas. nam actio ita nascetur, vt Romæ peti possit. l. aut mutua, 6. & l. is qui, 6. D. de eo qu. cert. lo. Itémque si in emptione cui adhibita stipulatio est, conuenerit, ne cui certo in littore piscari liceat, per stipulationis legem obligatur: ait Vlp. in l. venditor, 13. D. com. præd. Eodémque pertinet l. petens. 27. C. de pact. vbi Imp. scribit petentem ex stipulatu cui pactum vel post vel statim adhibitum est, audiendum esse. Quanquam in vsuris locum hoc non habet. nam ita ius ciuile comparatum est, vt in strictis contractibus vsuræ ex pacto quamuis incontinenti adhibito non debeantur. l. Titius. 24. D. de pręs. verb. sed tantùm ex stipulatione. l. 3. C. de vsur. l. si pro parte, 10. D. de in rem vers. Vbi verò ex interuallo pactum interpositum est, tum reo ad exceptionem valebit. Itaq; si post emptionem, cui adhibita stipulatio est, ex interuallo conuenerit vt venditor de euictione satisdet, ac venditor ex stipulatu agens pretium postulet, pacti exceptione summouebitur: SI NON pactus sis vt satisdes, ait Paul. in d. l. 3. D. de resc. vend. non quo apud iudicem opponatur, sed quod pacto apud Prætorem (à quo venditor actionem petebat) allegato, prætor actionem denegat propter bonæfidei iudicium: cuius tanta vis est, vt etiam si stipulatio adiecta sit, tamen in ea pactum insit. Nunc rei dilucidandæ caussa tabulam subiungemus, in qua summatim totam

hanc diſputationem deſcripſimus. Ex quibus ita diſputatis, non modò de ſumma inter bonæ-fidei & ſtrictos contractus conuenientia, verumetiam de aduerſariorum noſtrorum iudicio exiſtimari poterit.



# QVÆSTIO XXXVII.

*Ecquanam eorum pactorum natura ſit, quæ vel contractum formare, vel per ſe vitiari dicuntur.*

PRimis temporibus qui iuri ciuili conſtituendo pręfuerunt, iis negotiis omnibus, ex quibus lege, iure, aut iudicio ageretur, formam certam impoſuerunt, quæ dicitur *Forma antiquitus conſtituta*. l.quinta, §.Iulianus, D.de admin. tut. Hæc forma primùm ad ius negotij quod per eam definiebatur pertinebat, tùm etiam ad actionum formulas, id eſt rituum ac verborum ſolennitates. Et hæ ſunt quas olim generali nomine legis actiones appellabant: non, vt Tribonianus dixit, quibus inter ſe homines diſceptabant. l. 2. §. deinde. D. de orig. iur. Dicemus hoc loco de contractibus, & forma iuris antiquitus in ipſis conſtituta. Forma contractuum duplex eſt, vna pertinet ad ſubſtantiam, altera verò ad acceſſiones, quæ Papinianus adminicula vocat in l. pacta, 72. D. de contrah.emp. ſubſtantiam contractus dicimus, ſine qua conſiſtere negotium non poteſt: veluti contractus bonæ fidei, ſine bona fide.l.5. D.de reſcin.vendit.ſtipulatio ſine verbis: nominum obligatio ſine literis: emphyteuſis ſine ſcriptura. l.1. C.de iur. emphyteu. item fideiuſſio ſine ſtipulatione: emptio & venditio ſine pretio.d. l.72. locatio & conductio ſine mercede. l.23.D. commun.diuid. Adminicula dicimus, quæ & a-

besse,& adesse possunt,vt tamen contractus per se ac sine iis consistat. veluti scriptura, in plerisque contractibus.l.4. D.de pignorib. l.4.D. de fid.instrum.præstatio periculi in bonæ fidei contractibus: vt paulò post demonstrabimus. in emptione cautio de euictione, d.l.72. Vtraque forma iure ciuili antiquo constituta quidem ac definita est:sed tamen dissimili ratione. Nam illius regulæ ita directæ ac legitimæ fuerunt, vt neque iudicibus in iudicando, neque contrahentibus in contrahendo ab iis recedere liceret.l.contra,28.D.de pact.l.ex empto,11. D.de act.empt.vbi hæc dicuntur inesse cuiusq; contractus iudicio.Et hic est,qui dicitur Status & natura obligationis. l.9.§.1. D. de duob.reis. & ius quod lex cuiusque contractus naturæ tribuit. l.27. §.2.in fin. D.de pact. Quæ verò ad contractuum adminicula pertinebat, ita iure quoque ciuili definita est,vt tamen contrahentium arbitrio permitteretur: id est, vt si nihil nominatim inter contrahentes contra formam præscriptam conueniret, iure communi relicta intelligeretur.vnde illa sunt peruulgata,Obligationum caussas pactione immutari posse. l.27.D.de reg.iur.Pacta legem dare contractui. l.contractus,23.eod.l.7. §.quimino, D.de pact. contractum ex conuentione legem accipere. l. 1.§.si conuenit,D.depos. Nam hæc omnia de adminiculis dicta esse, pro locis intelligitur. & nisi attentè & accuratè obseruentur, negotium hominibus minus exercitatis facessent. veluti cùm Paulus hanc Adminiculorum formam,ap-
pell

pellat Naturam contractus.l.5.§.pen.C.de presscript. verbis: vbi Naturam mandati esse dicit, vt leuis tantùm culpa præstetur: licere tamen per pactum naturam eius excedere, vt etiam custodia præstetur: cum tamen ea res ad mandati adminicula pertineat: vt paulò pòst intelligetur. Dicamus de pactis contra substantiam contractuum adhibitis. Eorum enim quædam per se constant, quædam prioris negotij accessiones sunt. Quæ per se seruantur, priorem contractum renouant, ac nouæ conuentionis ius noménque inducunt. quæ accessiones sunt, non seruantur, sed vitiantur, ac repudiantur: quoniam (vt iam diximus) naturæ principalis contractus repugnant. Prioris generis exempla hæc sunt: Natura mandati, depositi, commodati hæc est, vt sint gratuita. si inter contrahentes conuenerit, vt merces præstetur, ex deposito, commodato, mandato efficietur locatio & conductio. l.5. §.nunc videndum, D. comm. §.vlt. Inst.mand. l.si tibi, 22. D.de perscript. verb.l.1. §. si vestimentum, D.deposit. Natura depositi est, vt depositario re deposita vti non liceat. si conuenerit, etiam ex interuallo, vt pecunia deposita vtatur, ex deposito mutuum efficietur. l. certi, 9.§.vlt. D.de reb.cred.l.Lucius, 24.D.depos. Natura dotis est, vt res ipsæ dotales restituantur. si conuenerit, vt æstimatio reddatur, ex dotis datione emptio & venditio efficietur. l. cùm dotem, 10. C. de iur. dot. vbi apertè dicitur, contractum per pactionem illam formari. Natura mutui est, vt idem genus reddatur: ve-

luti pecunia pro pecunia, vinum pro vino, oleum pro oleo. ſi conuenerit, vt pro pecunia vinum, pro oleo frumentum reddatur, permutatio contracta eſſe dicetur. l. 2. D. de reb. cred. l. pen. C. de rer. perm. l. 8. §. pen. D. de tranſ. Natura emptionis eſt, vt merx & pretium inter ſe commutentur. ſi conuenerit, ne pretium detur, donatio efficietur. l. 3. & l. 9. D. de cont. empt. Natura ſocietatis eſt, vt aliquid vterque conferat. ſi conuenerit, vt alter ſolus conferat, alter nihil conferat, non ſocietas, ſed donatio intelligetur. l. quinta, §. vlt. D. pro ſoc. l. cùm hic ſtatus, 32. §. ſi inter, 19. D. de donat. int. vir.

Deinceps exempla eorum pactorum exponemus, quæ contra naturam contractuum adhibentur, non vt per ſe conſtent, ſed vt eorum pars & acceſſio ſiue adiectio ſint: & quoniam eorum naturæ repugnant, vitiantur: neque à Prætore, vtpote iuri ciuili contraria, ſeruantur. non enim hæc contractum vitiant, ſed ipſa vitiantur, & pro non adiectis habentur. veluti: Natura bonæ fidei contractuum eſt, vt ab iis dolus abſit, & ſi quid dolo commiſſum ſit, præſtetur. l. 5. D. de reſcind. vend. pactum igitur ne dolus in iis pręſtetur, nullius momenti eſt: neq; à Prætore ſeruabitur, quoniam bonis moribus repugnat. l. 7. §. 1. D. de pact. l. contractus, 23. D. de reg. iur. l. 1. §. ſi conuenit, D. depoſ. Natura ſocietatis eſt, vt par lucri & damni portio ad ſocios pertineat. ſi conuenerit, vt ad vnum lucri duæ partes pertineant, damni tertia, ad alterum duæ partes damni, lucri tertia, Q. Mutius

diſp

disputabat, contra naturam societatis hanc pactionem esse, ac proinde inutilem. §.2. Inst. de societ. Natura eiusdem est, vt cùm sortis, tùm etiam lucri & damni communio ineatur. l.1. §. planè, D. de tut. & rat. distrah. si conuenerit, vt ad vnum lucrum, ad alterum damnum pertineat, inutile pactum est. l. si non fuerint, 29. §.1. D. pro soc. Natura eiusdem est, vt ei quisque cum sibi commodum videbitur, renũtiare possit. quare pactum, vt in æternum societas contrahatur, nullius momenti est. l. nulla, 70. D. pro soc. Natura dotis est lege XII. tabul. constituta, vt soluto matrimonio annua, bima, trima die reddatur. & hoc ius esse dicitur, quod lex eius naturæ tribuit. l. 27. §. secundo, in fin. D. de pact. Hanc formam mutare pactione non licet: veluti si conueniat, vt longiore die soluatur. tametsi admittatur pactio, vt citeriore die soluatur. quoniam hanc legis mentem fuisse constat, vt mulieri potius quàm viro consulatur. ac propterea meliorem dotis conditionem efficere per pactiones liceret, deteriorem non liceret. l. 17. & l. seq. D. de pact. Natura precarij est, vt res precariò concessa ad concedentis nutum restituatur. si conuenerit, vt non ante certum tempus repetatur, pactum non seruatur. l. cum precario, 12. D. de precar. Natura hypothecæ est, vt debitori salua maneat vendendæ hypothecæ potestas. pactum igitur ne ipsi vendere liceat, nullius momenti est. l. 7. §. vltim. D. de pign. Ex quibus ita disputatis perspicuum est. pacta quæ tanquam adiectiones in contractibus adhiben-

tur, non quidem contractum vitiare, sed ipsa vitiari. sicuti Vlpianus ait, adiectionem contra legati naturam adhibitam, non vitiare legatum, sed ipsam vitiari, & pro non adiecta censeri. l. 6. §.1. D. de pecul. leg. Deinceps ad eorum pactorum exempla transeundum est, quæ ad contractuum adminicula pertinere diximus: atque ita iure ciuili antiquitus constituta, vt tamen contrahentium arbitrio permitterentur. Natura contractuum ferè omnium est, vt sine scriptura constent. d.l.4. D. de fid. instr. si conuenerit vt non prius perfecti intelligantur, quàm in scriptum redacti sint, valet pactio, l. contractus, 16. C. eod. l. vlt. C. de contrah. empt. Natura bonæ fidei contractuum est, vt in nullo eorum fortuiti casus præstentur: l.5. C. de pignorat. at si id cõuenerit, pactum valebit. sicuti de pignore traditur in d.l.5. de commodato, in l.1. C. commod. l.5. §.1. l. in rebus, 18. D. eod. & de deposito in l.1. §. sæpe, D. deposit. l.7. §. si paciscar, D. de pact. de mandato in l. & Aristoni, 39. D. mand. de locato in l. nona, §. 2. l. item quæritur, 13. §. si gemma, D. locat. de vendito in l. prima, D. de peric. & commod. de negotiis gestis in l. negotium, 22. C. de neg. gest. Natura empti & venditi est, vt de emptione nuda cautio præstetur. l. si duo, 13. §.3. D. de iureiur. l.1. §.1. D. de prætor. stipul. l. 4. D. de euict. at pactum vt ne cautio illa præstetur, aut vt cum fideiussore præstetur, valebit. l. pacta, 72. D. de cont. empt. l. ex empto, 11. D. de act. empt. l.4. l. Lucius, 11. l. si dictum, 56. l. emptori, 37. D. de euict. Natura bonæ fidei

cont

contractuum est, vt in iis qui dantis solius vtilitatem continent, dolus tantum & lata culpa præstentur: qui solius accipientis, leuissima: qui vtriusque, leuis. l.23. De reg.iur. l.si seruus, 108. §.cum quid, D.de leg.1. l.5.§.1.D.commod. at si conuenerit, vt pro leui, vel lata vel leuissima pro lata, leuis: pro leuissima, leuis tantùm præstetur, pactum seruatur. d.l.23. & l.1. §.si conuenerit, D.deposit. l.5. §. penult. D.de perscript. verb. Natura eorundem est, vt quod promissum est, simpliciter præstetur. velut in deposito, vt res deposita sola reddatur. at pactum vt ex mora vsuræ præstentur, valet. l.3. C.de vsur. l.5.C.de pact.int.emp.l.5. D.de actionib.empt, idque speciatim de pecunia deposita traditur in l.Publia, 26. §.1. D.depos. quinetiam iudicis officio continetur in his bonæ fidei iudiciis, vt si ei æquum videatur, & vsuras infligat, & earum modum definiat. l.1.l.3.§.vlt.D.de vsur.l.in bonæ, 13.C.eod.l.quæro, 54. D.locat.l.deducta. 58. D. ad Trebel. Natura mutui est, vt credita pecunia semel vnáque pensione reddatur, l.tutor, 41.§.1.D.de vsur. l.Iulianus, 13. §.offerri, D. de act.empt. at pactum vt per partes soluere liceat, valet. l.lecta, 41.D.de reb.cred. Natura societatis est, vt heres in societate non succedat. pactio tamen vt heres in demortui locum succedat, valebit. §.pen. de societat. l.cum duobus. 52.§.idem respondit, D.eod. Natura fideiussionis antiquo iure fuit, vt fideiussorem omisso reo conuenire liceret. at pactum vt non nisi excusso reo conuenire fideiussorem liceret, va-

lebat.l.5.C.de fideiuſſ.Natura eiuſdem eſt,vt à ſingulis fideiuſſoribus ſolidum peti poſſit. pactum tamen factum vt pro virili tantùm parte teneatur,valet.l.inter eos,51.D.de fideiuſſ. Natura commodati eſt, vt repeti niſi expleto vſu non poſſit. in quo tacitè tractus temporis continetur.l.in commodato,17.§.ſicut, D.de commod.ſi conuenerit, vt intra certum tempus red datur, ſiue vſus expletus ſit, ſiue non, valebit conuentio.l.2.C.commod.

## QVÆSTIO XXXVIII.

*Quænam & quarum rerum fictiones in iure ciuili numerentur.*

Fictionum in libris noſtris frequentiſſima mentio fit:de quibus quoniam à nemine ſpecialiter tractatum animaduerti, commodiſſimum videtur, paucis verbis quæ de iis obſeruauimus,exponere. Fictio igitur eſt,iuris ciuilis commentum ad vſum vitæ communis contra naturam rerum contráque veritatem accommodatum. l.2. D.de vſuf.ear.rer. l.contractus,54.D.de oblig.& act. Eius quinque animaduerti eſſe genera.aut enim in perſonis verſatur,aut in rebus,aut in locis,aut in actibus.In perſonis hoc modo: nam interdum qui in rerum natura non ſunt, eſſe tamen finguntur, veluti, cùm dicimus eum qui in vtero eſt, cùm ipſius commodum agitur, pro iam nato haberi. cuius fictionis quanta vis ſit, declarat l.qui in vtero,7.&l.pen.D.de ſtat.homin.ſic qui neque filius

filius, neque agnatus est, tamen per adoptionem filius atque agnatus esse intelligitur, non secus ac si ex adoptatore & matrefam. eius natus esset. l. si is qui, 43. D. de adopt. & vice versa qui in rerum natura est, inter mortuos numeratur. velut is qui mediam aut maximam capitis deminutionem passus est. l. verum est, 65. §. vlt. D. pro soc. aut socius, cuius bona publicata sunt. nam cùm in eius locum alius successerit, pro mortuo habetur: ait l. actione, 65. §. publicatione, D. eod. interdum etiam qui verè ac naturaliter idem est qui antea fuerat, nouus homo esse fingitur. veluti manumissus. l. seruus, 27. D. de adim. legat. Non rarò præterea in personarum confusione fictio versatur: veluti, cum plures numero personæ ciuili commento vna eadémque persona esse finguntur: id est, pro vna eadémque numerantur. quod duobus exemplis demonstrabimus. prius est cùm dicimus, patris & filij vnam personam esse. l. vlt. C. de instit. & aliis substit. vnde illud vulgatum, vox patris vox filij. §. 4. Instit. de inutil. stipul. quod idem in domino & seruo dici potest. l. 1. & pass. D. de stipul. seru. §. 2. Instit. eod. Quinetiam personæ omnes quæ in eadem familia sunt, pro vna numerantur. solus enim paterfamil. qui familiæ Princeps est, personam habere dicitur. l. siquis, 56. §. 1. D. de fideius. l. si Pamphilo, 10. D. de opt. leg. vbi filij & serui quandiu in patrisfa. potestate sunt, personam habere negantur. sed vt primum per emancipationem aut mortem aut manumissionem sui iuris effecti sunt, confestim

ſinguli ſuam quique perſonam habere incipiunt: ciuilem ſcilicet, hoc eſt in qua ius dominiúmque aliquod verſetur. naturalem enim iam ante habeant. quoniam homines omnes iure naturali vno & communi nomine Homines appellabantur. l. 4. D. de iuſtit. & iur. Illa autem fictio ad vitæ communis vtilitatem accommodata eſt, vt quoniam qui in alterius poteſtate ſunt, nihil proprium habere poſſunt, quæ filij filiæque familias agerent, gererent, facerent. quæ quidem ad patrisfa. commodum pertinere poſſent, ea ipſe paterfa. agere, gerere, facere videretur. §.1. & §.2. Inſt. per quas perſon. nob. acquir. l. acquiruntur, 10. D. de acquir. rer. domin. nam cùm is ſolus familiæ caput ſit, & in ea dominium ac principatum obtineat, commoda familiæ domúſque omnia, repentè ad illum vnum redeunt. l. pronuntiatio, 195. §.1. D. de verbor. ſignif. aliorum autem opera & miniſterio tantùm vtitur. quandoquidem nec filiifa. nec ſerui perſonam in qua dominium cõſiſtat habere intelliguntur. l. debitor, 82. §. vlt. D. de legat. 2. & ob id quicquid acquirunt tacito iuris intellectu ipſo momento patrifam. acquirunt. l. 1. D. ſi à parent. quis man. l. placet, 79. D. de acquir. hered. Sed iam ad alterum exemplum accedendum eſt: quod ex confuſione perſonarum creditoris & debitoris ſumemus, cum creditor debitori, vel hic illi heres exiſtat. quo caſu ex duabus perſonis vna quodammodo conflari creditur. qua de cauſſa ipſo iure obligatio extinguitur: ne vnus idémque ſibi creditor

tor & debitor ſit: quod nec naturalis, nec ciuilis ratio patitur. l. ſi debitori, 7. C. de pact. l. ſi id quod, 21. D. de lib. leg. l. ſtichum, 95. §. aditio, D. de ſolut. Ac fictionum quidem earum exempla, quæ in perſonis verſantur, ſatis multa commemorauimus. Nunc de rebus videamus. Neque enim rarò accidit, vt quæ res in rerum natura ſunt, peremptæ eſſe, viciſsímque quæ extinctæ ſunt ſaluæ eſſe fingantur. Poſterioris generis exemplo ſunt eæ res quę vtendo conſumuntur, quarum vſus ſine interitu eſt nullus. veluti pecuniæ, quæ aſſidua permutatione extingui quodammodo dicitur, §. 2. Inſt. de vſufruct. & tamen contra naturam rerum contráque veritatem tum eius, tum aliarum ſimilium rerum vſusfructus cōſtitui fingitur, qui propterea quaſi vſusfructus appellatur. l. 2. D. de vſuf. ear. rer. Prioris exemplo ſunt, res quæ publicatæ aut conſecratę ſunt. l. verum eſt, 63. §. vlt. D. pro ſoc. l. ſi fundum, 105. D. de condit. & demonſtr. l. 4. D. commun. præd. l. Imperator, 12. l. cum verò, 25. D. de fideic. libert. Pari ratione intexta veſti alienæ purpura extincta eſſe dicitur: ac proinde vindicari non poſſe. §. ſi tamen, 19. De rer. diuiſ. item acceſſiones quædam ferruminatione coniunctæ per maioris partis vnitatem conſumi finguntur. l. in rem, 23. §. 4. D. de rei vindic. Sed memorabilis præſertim fictio eſt in rebus, quæ ſolo intellectu conſtantes perſonæ alicuius vicem ſuſtinere intelliguntur. veluti, cùm hereditas iacens, municipium, decuria, ſocietas perſonæ vice fungi dicuntur. l. mortuo, 22. D. de fi-

deiuss. cum eadem hereditas heredis vicem sustinere dicitur.l.non minus,31.D.de hered.inst. §.4. Inst.eo. §.1. De stipul. seru. & domini esse loco:quinetiam interdum dominus appellatur, interdum domina. l,liber.13. D. ad l. Aquil. l.si ante, 15. D. de interrog. in iur. l.1. §.1. D. siquis test. lib. d. l. non minus, 31. D. de hered. instit. quod idem ad futuri heredis vtilitatem accommodatum est: ne quæ ad defunctum, si tandiu vixisset, pertinuissent, hereditati pereaht. veluti prędiorum fructus, ancillarum partus, pecorum fœtus, seruorum operæ: quæ omnia propter illam fictionem iacenti hereditati acquiruntur. &, siquid seruus hereditarius stipulatus fuerit, aut per traditionem acceperit, quoniam ex persona defuncti vires sumit. l.in eo, 33. §.vlt. & l. seq. D.de acq.r.d.l.1.l.seru.35. D.de stip.ser.adeo vt iniuria funeri testatoris ante aditionem facta heredi facta esse dicatur. l.1.§.4. D.de iniur. Porrò in TEMPORE versari fictionem dicimus, cùm posterum tempus in præteritum retroducitur. Cuius rei exemplum est in Retrotractione. velut in ratihabitione, quæ vulgò dicitur mandato comparari. propterea quod approbatio post gestum negotium subsecuta illud præcedere fingitur.l.vlt.C.ad Macedon.l.si fundus,16.D.de pignorib.l.vlt. D.de bon.poss. & pari ratione Imp. constituit, vt donationes, quæ propter coniugium infirmæ essent, morte tamē donatoris aut donatricis ita cōfirmarētur, vt cōfirmatio in pręteritū tēpus valeret.l.donationes,25.C.de do.int.vi. Eiusdē fictionis alterum

rum extat exemplum in eo quod quandocunque hereditas aditur, statim à morte testatoris adita esse intelligitur. l. 138. 193. & l. seq. D. de reg. iur. vt scilicet quæcunque interea hereditati quæsita sunt, quasi defuncto quæsita, heredi attribuantur. l. 1. §. 4. D. de iniur. & propter hanc fictionem Cassius contra Proculum disputabat, seruum hereditarium heredi futuro stipulari posse: quasi seruus ille non extraneus sit, sed iam tum ipsius futuri heredis proprius: propterea quòd heres statim à morte testatoris successisse fingitur. l. heres, 54. D. de acq. hered. quin ne vllum quidem temporis interuallum inter patris mortem & filij successionem intercedere fingitur. l. si post, 68. D. de legat. 1. argumentóque esse, quòd heredis familia ex mortis tempore funesta esse facta intelligitur. l. si ex re, 28. §. vlt. D. de stip. seru. Tertium exemplum extat in lege Cornelia de captiuis, vt apud hostes mortuus ipso captiuitatis momento mortuus fingatur. l. lege Cornelia, 12. D. de testam. item in pluribus caussis in quibus quæ temporis ordine posteriora sunt, iuris intellectu sunt priora. veluti, fideiussio principalem obligationem præcedens tamen iuris intellectu posterior habetur. qua de caussa semper principalis obligationis sequela & accessio appellatur. l. 5. §. item fideiussori, D. de insti. act. l. si duo, 93. D. de solut. l. si seruum, 91. §. nunc videamus. de verb. obl. sic substitutio ante institutionem fieri posse dicitur, Si filius heres non erit, Titius heres esto. Filius heres esto. sed tamen cùm

ſubſtitutio ex inſtitutione vires capiat : l.quod per manus,10. D.de iur.codicill. quæ ſcripturæ ordine prior eſt, iuris intellectu poſterior eſt. quod ipſum ex contrario reciprocatur. l. 2. §.3. D.de vulg.ſubſtit. Eodem præterea pertinet, quod vulgo dicitur, conditionem exiſtentem retrotrahi ad tempus contractus. l.potior,11. §. 1. D.qui pot.in pign.hab.

Deinceps de fictione quæ in LOCO verſatur videamus.cuius exemplum eſt in fictione poſtliminij.cùm is qui ab hoſtib. reuerſus eſt, nunquam ex ciuitate exiſſe, ſed ſemper in ea permanſiſſe fingitur.l.in bello,12. D.de capt. item in eo qui quamuis præſens ſit, tamen ſi quid agatur, ignoret, abeſſe cenſetur. l.non multum, 14.D.de auctor. tut. itaque furioſus quanquam certo in loco præſens ſit, abſentis tamen loco haberi dicitur.l.2.§.pen.D.de codicil.ſic qui ab hoſtibus captus eſt, tamen præſens eſſe neque à ciuitate abeſſe intelligitur.l.abſentem,199.D. de verb. ſignific. ac pari ratione in legato eorum quæ certo in loco ſunt, nec quod caſu abeſt, non continetur: neque quod caſu ibi eſt, continetur. l.ſi ita,86. l.ſi fundus,44. l.qui ſaltum,67.l.cui quæ,84.l.quæſitum,78.§.vlt.D.de legat.3. l.Seiæ, 20. §. Pamphilæ, D. de inſtruct. vel inſtr. leg.Eodem illa fictio pertinet, quæ in Suorum ſucceſſione verſatur, cùm vno ex duobus filiis demortuo nepotes ex eo in ipſius locum ſuccedentes, atque hoc modo ſui ius adipiſcentes,primo gradu numerantur:hoc eſt pari cum altero filio ſuperſtite,ſuo patruo:qua de

caussa fictio hæc peperit diuisionem in stirpes. l.1.§.si filius,D.de suis & legit.l.2.l.3.l.4.C.eod. l. Gallus,29.§.& bene,& §.videndum,De lib.& postum.§.cum filius,Inst.de hered.ab intest.

Reliquũ est,vt de ACTIBVS fictitiis videamus: quo in genere primum locum obtinent,qui dicuntur Imaginarij.l.contractus,54.D.de oblig. & act. veluti cùm in adoptionibus & emancipationibus & testamentis emptor imaginarius adhibebatur,teste Caio lib.Inst.1.& Imp.in l.1. §.diui, De quæstion. l.vlt. C.illo tit.l.vlt. C.de adopt.§.1.D.de testament.aut dicis caussa,id est expediendæ rei gratia in venditionibus simulatis numus vnus pro pretio dabatur.l.4. D.cõmod.l.si vsufr.66.D.de iur.dot.l.siquis,10.D.de acq.poss.siquis,46.D.locat.l.vl.C.de don.Liuius lib. XI. C. Marius accusatus est apud Tribunos pl. quòd exercitum in Gallia deseruisset, damnatúsque sub furca diu virgis cæsus est, & H-S numo veniit. Extat etiam aliud exemplum de seruis, qui suis numis ab emptore apposito emebantur. l. 4. D. de manumiss. Alterum harum fictionum exemplum suppeditat Traditio imaginaria, de qua in caussis facti & iuris superius diximus: cùm per clauium aut instrumenti traditionem fit,aut per vini degustationem:aut rei grauioris demonstrationem. Eiusdem præterea generis est acceptilatio: quæ fictitia solutio dici potest.l.si acceptilatum,19.§.1.D.de accepti. Ac ne illa quidem prætermittenda fictio est,de qua Vlp.loquitur in l.3.§.sed si,D.de donat. int. vir. cùm creditor debitorem alteri iu-

bes dissoluere, accipere ipsemet & illi confe-stim tradere momento ipso videtur. qua cele-ritate coniungendorum inter se actuum vnus ipsorum occultatur.

## QVÆSTIO XXXIX.

*An, vt quod ab initio statum non cepit, recipere po-stea non potest, ita quod semel statum cepit, amittere illum non possit.*

HVius quæstionis prior quidem pars, expe-dita est: vt quod ab initio vitiosum fuit, ex postfacto conualescere non possit. l. quod ini-tio, 29. D. de reg. iur. quoniam ciuiles actus ex præsenti tempore statum capere oportet, non ex incerto & fortuito futuri temporis euentu pendere. l. continuus. 137. §. cùm quis, D. de ver. obl. Itaque certa illius exempla passim extant, non modò in testamentis, quorum caussa pri-mùm à Catone sententia illa concepta est: l. 1. D. de reg. Cat. verùm in aliis omnibus. quapro-pter de testamento quidem in genere & infini-tè exemplum extat in l. omnia, 201. D. de reg. iur. & l. si filiusfam. 19. D. de testament. de in-stitutione verò, in l. si filius, 7. D. de lib. & post. & §. 1. D. de exher. lib. l. si alienum. 49. D. de her. inst. Item de legato in l. 1. D. de reg. Cat. l. cete-ra. 41. §. 1. D. de leg. 1. l. 3. D. de his quæ pro non scrip. & de legato libertatis in l. Seruius, 35. & l. verum est 58. D. de manumis. testam. Sed præter testamenti partes, & planè extra caussam testa-mentariam, exemplum de stipulatione extat in

l. int

l.inter stipulantem,83. §.Stichum. & l.insulam, 124.D.de verbor.oblig.Item de pacto in l.si tibi decem,17.§. si pactus. D. de pact.Item de tutoris auctoritate, in l.obligari,9. §.tutor. D.de auct.tut. Item de actione quod iussu,in l.2.§.vl. D.quod iuss.& de in rem verso, in l.si pro parte, 10. §. idem quærit, D. de in rem vers. & de pignoribus,in l.si Titio, 22. D.de pign. Cùm autem conditionalia statum ex præsenti tempore non capiant, consentaneum est, in illis huic regulæ locum non esse. Velut in legatis,l. pen.D.de reg.Cat. Itémque in stipulationibus, l.si rem meam,31.& l.existimo,98.D.de verborum obligat. Atque hæc quidem de priore parte hactenus. Posterior autem quæstionis pars aliquanto perplexior est: An quod semel statum cepit, si in eum casum vnde incipere nòn poterat,inciderit, vitietur. Multis enim casibus accidere vt non vitietur, Vlpian. scribit in l.in ambiguis,85.D. de reg. iur.cuius rei exemplum primùm in nuptiis ostendemus.nam etsi adoptiuus filius eam quæ patris adoptiui vxor fuit accipere vxorem non possit,quoniam nouercæ loco ei fuit:l.adoptiuus,14.D.de rit.nup.tamen si is qui mulierem à Titio repudiatam duxerat, ab eodem postmodum arrogetur, nuptiæ non vitiantur.l.si qua mihi,12.eod. Item quamuis furor sponsalia & nuptias impediat, in quibus consensus requiritur:tamen post sponsalia nuptiásve contractas superueniens, neutrum illorum vitiat. l.furor,8. D. de sponsal. l.oratione, 16. §.vlt.D.de rit.nupt. l.patre furioso,8. D.qui

ſunt ſui vel al.id quod ad libertam patroni concubinam poſtea productum eſt, vt quamuis liberta diſcedere à patrono furioſo poſſit, nec vbi concubina eſſe cogatur, tamen ſi poſt concubinatum furor ſuperueniat, manere in concubinatu cogitur. l.in eo, 45. §.deinde, D.de rit. nupt. l.2. D.de concub. Secundum exemplum in poſſeſſione ſumendum eſt. Quamuis enim mala fides ab initio poſſeſſionis vſucapionem impediat, tamen eadem poſtea ſuperueniens, poſſeſſionem non vitiat, nec impedit vſucapionem procedere. l.ſi is qui, 15. §.pen. l. iuſto, 44. §.etſi, D.de vſurp. l.bonæ fidei, 48. §.primo, D.de acq.rer.domin. Idémque in quaſi poſſeſſione ſeruitutis vſuuenit. Quamuis enim prætor interdictum de itinere actúq; priuato non det, niſi ei qui hoc anno non vitiosè, hoc eſt, nec vi, nec clàm, nec præcariò vſus eſt, tamen ſi poſt annum vitiosè vti cœperat, nihilominus interdictum habebit. l.prima, §.vltim. & l. ſeq. D.de itin.actúque pr. Tertium exemplum eſt ſumendum ex teſtamentis. Quamuis enim neque furioſus, neque prodigus facere teſtamentum poſſit, tamen furor aut interdictio bonorum poſt teſtamentum factum ſuperueniens illud non vitiat. l.filius, 16. l.is cui, 18. D.de teſtam. Quartum erit in ſtipulationibus. nam etſi ſeruitus acquiri per partes non poteſt, cùm indiuidua ſit: l.ſecunda, §.ex his. D.de verbor.obligat. tamen ſi Titius viam ad ſuum fundum ſit ſtipulatus, deinde pluribus relictis heredib. deceſſerit, ſinguli heredes ipſius ſeparatim agere

gere ex ſtipulatu poterunt, cùm tamen ſi plures ab initio ſtipulati ſeruitutem fuiſſent, vnus ad conſtituendam ſeruitutem agere non potuiſſet.l.pluribus,140.§.ſecundo, D.de verbor. obligat. Sic de promiſſione iudicio ſiſti exemplum eſt in l.ſciendum,15. §.vlt. D.qui ſat.cog. Quintum exemplum eſt in actionibus: Quamuis enim prætor ex defuncti delicto actionem non det in heredem, niſi quatenus ad eum peruenit:l.quod diximus,& ll.ſeqq. D.de eo quòd met. cauſſ. l.quinta, D.de calumniat. tamen etiamſi id quod peruenerit non duret, ſed apud heredem eſſe deſierit, actionem nihilominus concedit, etiamſi momento tantùm apud eum fuerit.l.cùm prætor,127.D.de regul.iur. Atque hæc quidem exempla ſunt eorum caſuum, quibus vitium ſuperueniens rem bene conſtitutam non corrumpit. Sed neque vſquequaque vt verum eſt, neque in vllius eiuſmodi regulæ definitione Iuriſconſulti conſenſerunt. Nam in quæſtione, An legatum vtile ſit, cùm debitor creditori quod in diem debebat, legauit, ſi viuo teſtatore dies venerit. Papinianus quidem affirmare videtur eſſe vtile: in §.ſiquis debitori, 13.de lega.&l.verbis,5.D.de leg.Falc.Paulus autem negare idem videtur, in l.debitor,82.D.de leg.2.Rurſus in quæſtione de ſeruitute, vulgata regula repudiatur à Paulo, Modeſtino & Marcello in l.ſi ſub vno,136.§.1.& l.pen.§.vlt. D.de verb.obl.l.vt pomum,8,§.1.& l.pro parte,11.D. de ſeruit.probari autem videtur ab eodem Paulo in l.pluribus,140.§.1.& l.2.§.ex his igitur,D.

de verb.oblig. Nam Paulus in d.l.penul. tres proponit casus, quibus stipulatio non corrumpitur: quorum primus est, cùm is qui viam stipulatus est, duos heredes reliquit. secundus, cùm is qui dum solus fundi dominus erat, viam stipulatus est, sed postea partem eius fundi alienauit. tertius est, cùm idem fundi seruientis partem acquisiuit. De primo casu dubitari non potest, propter l.heredes,25.§.an ea, D.fam,erc. l.viæ,17.D.de seruit.vbi si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt. Ex quo consequitur, stipulationem viæ in casum duorum eiusdem fundi dominorum deductam non corrumpi, siue extingui. Vtroque enim verbo promiscuè Paulus & Modestinus vtuntur. Quantum ad casus insequentes pertinet, vbi de sociis agitur qui pro parte vel acquirunt, vel alienant: illud constat, Rem indiuiduam pro parte acquiri non posse. dicta l.viæ,17.D.de seruit. Quare vnus ex sociis fundi communis neque acquirere, neque imponere seruitutem potest.l.per partes,11. D.de seruit.l.pen.§.2. De verb.oblig. l.si vnus,19. de seru.rust.l.vnus,34.eod.Nunc de alienata parte videamus. Nam si is qui ad suum fundum viam stipulatus est, totum fundum alienet, Catonis regula seruatur: vt stipulatio euanescat. quoniam neque sine prædio acquirere seruitutem potuisset, neque emptor ex alterius stipulatu agere. l.existimo,98. D.de verb.obl. Sed si partem duntaxat alienet, hoc casu adhibenda distinctio est. Nam si seruitus nondum constitu-

ta, cessa, quæsita est, sed tantùm ex stipulatione debetur, quoniam acquiri seruitus pro parte non potest, parte prædij alienata stipulatio euanescit. l. pro parte, 11. D. de seruit. l. si sub vna, 136. §. 2. D. de verb. oblig. si verò iam acquisita & constituta est, alienatione partis fundi non extinguitur: quoniam pro parte retineri potest. l. penul. §. 1. D. de verb. oblig. Diuersitatis caussa hæc est: quoniam ea demum superueniente vitio corrumpuntur, quæ propter illud vitium explicari, hoc est, exitum & effectum sortiri non possunt. velut in illa prædij alienatione. nam qui alienato prædio seruitutem stipulatur, cùm acquiri seruitus sine prædio non possit, nihil agit. l. 1. §. ideo, D. commun. præd. At retentio seruitutis pro parte prædij sortiri effectum potest. quoniam ipso iure etiam sine vsu retineri potest: sicuti possessio rerum corporalium solo animo retinetur. l. generaliter, 9. D. de acq. poss. Hæc eadem sententia probatur in exemplo l. 5. D. de bon. damn. vbi deportatio non dissoluit matrimonium: fauore certè singulari, cùm deportatus ciuitatem amittat: matrimonium autem non nisi inter ciues consistat. At eandem illam sententiam Vlp. repudiat in l. si à me, 11. D. de iudic. l. huic scripturæ, 15. & l. seq. D. ad l. Aquil. §. 2. de inut. stip. Paulus l. inter stipulantem, 83. l. 25. qui, 51. de verb. oblig. Marcianus in l. quia in eum, 16. D. ad leg. Aquil. Deinceps quæ priori sententiæ obiiciantur, videnda sunt. Primùm obiicitur l. cũ vir, 42. D. de vsurp. & l. penultim. D. de fund. dot. Sed intelligen-

dum est, venditionis duo esse extrema: vnum in obligatione vendentis, alterum in acquisitione emptoris. nam alienæ rei venditionem ex parte venditoris valere, propter ipsius obligationem, cõstat. l. rem alienam, D. de cont. empt. Quare cùm illo extremo venditio niteretur, & statum cepisset: nihil ei hæc aduersatur regula: quæ de iis est, quæ statum omnino non ceperunt. Secundò obiicitur l. Stichum, 95. §. aditio, D. de solut. vbi ciuilis obligatio quæ ab initio inanis erat, ex postfacto confirmatur. vt in herede fiduciario, qui postea fideicommissario successit: itémque in muliere quæ eius pro quo intercesserat heres fuit. Sed vtraque obligatio constituta fuerat ab initio, statúmque certum & stabilem ceperat: tantùm propter exceptionem effectum non habebat. quæ exceptio postquam aditionis iure sublata est, non conualescit obligatio quæ ab initio fuerat inutilis: sed quæ vtilis fuerat, sublato impedimento vim suam exerit. Postremò obiicitur l. quarta, D. de rit. nupt. vbi minor annis duodecim nupta, tunc legitima vxor futura dicitur, cùm apud virum explesset XII. annos. Sed ex verbo *Explesset* satis significari arbitror minorem annis XII. dici à Pomponio, quæ duodecimum quidem annum ingressa, non autem egressa fuerat, quod in pubertate requiri satis constat ex §. primo, Quibus mod. pat. pot. Denique errorem fuisse necesse est, vt in l. penultim. §. vltim. D. quod fals. tut. & l. cùm hic status, 32. §. siquis, 20. D. de don. int. vir. & matrimonij fauorem tantum esse, vt
prop

propter exigui temporis defectum non rescinderetur: siue iam annum XII. attigisset, siue non attigisset: sed parum admodum ab eo abesset. nam error in multo minore esse non potuisset. Singulare igitur hoc fuit in matrimonio propter eius fauorem & perexigui temporis interuallum. Eiúsque rei exemplum est in l. Proculus, 67. D. de iur. dot. vbi liber ancillam quam liberam putabat vxorem duxerat, dotémque acceperat: & statuitur, si ea manumissa fuerit, dotem quidem ex post facto confirmari non posse: matrimonium autem ex manumissionis tempore initium sumpturum. Itaque nihil aduersatur l. eos qui, 65. D. de rit. nupt. quam Gordianus citat in l. etsi, 6. C. de nupt. vbi matrimonium contractum in prouincia ab eo qui officium gerebat, si deposito officio in eadem voluntate perseuerarit, iustum efficitur. non enim retro iustum effici dicitur, sed ab eo demum tempore quo depositum officium est. qua de caussa liberi antè nati legitimi non sunt, sed ij duntaxat qui postea nascuntur. Multo minus aduersatur quod dici solet, cùm alieni numi crediti sunt, si consumantur, condictionem nasci. l. nam etsi, 13. D. si cert. pet. non enim mutuum quod ab initio non valuit, confirmatur: sed ex facto consumptionis condictio nascitur. l. non omnis, 19. §. primo, D. eod.

# QVÆSTIO XL.

*An fœneratio in bene morata ciuitate tolerãda sit.*

PErplexa hæc quæstio est. Nam vt toleranda esse videatur, disputari sic potest: primùm, Quemadmodum æquitati naturali consentaneum est, pro ceteris rebus omnib. vtendis datis mercedem pacisci: ita pro pecunia vtenda data mercede pacisci non iniquum videtur. Similitérque ex contrario, si naturalis ęquitas postulat, vt gratis pecunia vtẽda daretur: etiam ceterarum rerum omnium vsus gratuitò concedendus esset, ac proinde locatio & conductio ex communi vita tollenda, quod esse absurdissimum inter sanos omnes constat. Quinetiam Fœneratio quasi locatio quædam pecuniæ videtur esse: vnde Collocare pecuniam fœnori, veteres dicebant, quasi locare: vt in l. vxori, 24. D. de vsuf. leg. l. si benè, 33. D. h. t. Tullius Offi. 2. Pecuniæ non quærendæ solùm ratio est, verumetiam collocandæ, quæ perpetuos sumptus suppeditet. Plautus in Mostellaria, Scelestiorem ego annum locando argento fœnori Nunquam vllum vidi. Sueton. Augusto: Notauítque aliquos, quod pecunias leuioribus vsuris mutuati, grauiore fœnore collocassent. Et ex contrario, Conducere numos dixit Horatius, Sat. 2. pro, Fœnori accipere.

*Omnia conductis coemens obsonia numis.* id est, fœnori acceptis. vnde paulò pòst Fœnus Mercedem appellat.

Quin

*Quinas huic capiti mercedes exſecat.* vbi tamen, *Exigit* legi poſſet, Quinetiam vt merces locati prædij Reditus vulgò appellatur,l. liberto,21.D.de an.leg.ita Fœnus quod annuum eſt, Pecuniæ reditus appellatur. l. Titius, 24. D.de præſc. verb. & l. qui quadraginta, 88. §.1. D.ad leg.Falc. Sequitur argumentum ſecundum:Naturæ conſentaneum eſt, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem, & ex alterius incommodo ſuum augere commodum:l. natura, D.de cond.ind. Debitor vtens creditoris pecunia, ei commodum illud intercipit:nam creditor ſuos nummos aut mercatura facienda exercuiſſet, aut eos in prædiorum emptionem collocaſſet. Quare conſentaneum eſt,debitorem ei damnum illud ſarcire,ne ex alterius damno lucrum faciat. Seq.tertium:quemadmodum æquum eſt, emptorem, qui re ſibi tradita pretium non ſoluit,eius pecuniæ vſuras præſtare,l. Iulianus,13.§.ex vendito,D.de act.empt.eodem modo æquum videtur, eundem, cui venditor accepto pretio confeſtim illud mutuat,aut eum iubet rei pretium in mutui vicem habere, eius pecuniæ vſuras ſoluere velut in l.3.§.pen. D.ad Macedon. & l.ſi ex pretio,6.C.ſi cert.pet. Quid enim intereſt, vtrum ab eo qui pecuniam alienam ex cauſſa venditi, an ab eo, qui ex mutui cauſſa pecuniam retinet,vſura exigatur?Seq.IV. Quemadmodum ars cauponatrix in bene conſtituta ciuitate opportuna iudicatur, cùm quidam edulia rure ab agricolis & piſcatoribus in vrbem allata coemunt, vt ea poſtea ciuibus di-

uendant, licet eo commercio quæstui suo consulant: (in quo etiam Platonis auctoritas laudatur, l.2.D.de nund.) ita cùm ὀβολοστατική, fœneratrix, numularia, magna ad vsum vitæ communis opportunitates habere semper iudicata sit: non immeritò in bene morata ciuitate probanda, & toleranda videtur. l.quod priuilegium.8. D.depos. Ac memorabile est, quod Imp.Leo, philosophus, pietatis & religionis Christianæ studiosissimus, & qui concubinatum è repub. Christiana sustulit, scribit, patrem suum Basilium Macedonem fœnerationem Christianis omnibus interdixisse: sed postea sese comperisse, humanam vitam arte illa carere non posse: trientésq; vsuras permisit: Nou. 83. Illam autem Basilij constitutionem esse non dubito, quæ Leoni falsò inscripta est apud Harmenopulum lib. 3. tit. 7. vbi iubet pluris fieri à Christianis legem Dei, quę fœnerationem prohibuit, quàm commoda, quæ ex ea comparari putãtur. Quintum argumentum proferri potest, quòd leges Impp. Christianorum (veluti, Constantini & Iustiniani) fœnerationem permittunt. Lex autem est rerum humanarum, ac præsertim bonorum ac fortunarum cuiusque ciuis domina & regina: vt ex Chrysippo Marcianus tradit in l.2.D. de legib. Quare vt ceteræ leges de acquirendis dominiis in quaque ciuitate dominantur: quanuis aliarum ciuitatum leges sint dissimillimæ: ita lex de fœnore & mercede aliqua ob vsum pecuniæ præstanda, præsertim ab Impp. Christianis promulgata, non improbanda videtur.

Post

Postremum argumentum esse poterit, quòd in fœnore per se & simpliciter considerato vitium nullum est. quid enim si vnciarium sit? quale olim legib. XII. tab. permissum fuisse, Tacitus lib. 5. testatur: an non potius debitoris quàm creditoris commodo exercebitur? Omne igitur fœnerationis vitium in quantitate ac magnitudine accessionis, non in ipsa accessione & incremento positum videtur: cum (vt suprà docuimus) corruptissimis reip. Rom. temporibus vsitatissima & frequentiss. vsura esset centesima: sępe autem binæ, ternæ, atque quaternæ centesimæ exercebantur: qua ex magnitudine natum esse fœneratorum odium constat: cùm illa fœnoris acerbitate, non longo tempore, debitorum inopum fortunas exhaurirent, vt apud Auson. *--si turpia lucra*

*Fœnoris: aut velox inopes vsura trucidat.*

Et apud Demosth. Olynth. 1. *οἱ δανειζόμενοι ῥᾳδίως ἐπὶ μεγάλοις τόκοις μικρὸν εὐπορήσαντες, χρόνον ὕστερον καὶ τῶν ἀρχαίων ἀφίστανται.* Cùm igitur Iustiniani constitutione certus vsuris modus sit impositus: nihil incommodi videtur, fœnerationem in bene morata ciuitate exercere. Neq; verò mouere nos inania quædam argumenta debent, veluti si quis disputaret, iccircò fœnerationem esse damnandam, quòd ex re aliena fructum quærit. nam pecuniæ quidem mutuæ dominium in debitorem translatum esse fatendum est, neque mutuum contrahi, nisi & dominus sit qui dat, & dominus fiat qui accipit. l. 2. §. 2. & §. pen. l. nam etsi, 15. l. non omnis, 19. §. vlt.

D. ſi cert. pet. ſed non ſi aliena res eſt, iccircò ex ea fructum percipere extraneo non licet. Nam & colonus ex fundo alieno fructus percipit,& fructuarius,& vſuarius:atque adeò maritus, ſi veritatem non fictionem ſpectemus. l.in reb.30.C.de iur.dotium. Nihilomagis mouere nos debet, quòd creditor ſine labore, ſine impendio, ſine vlla ſua opera fructum quærit. Nam etſi fœneratio quæſtuoſæ (vt Plin.eleganter dixit) ſegnitiæ materiam præbet, atque ab induſtria homines auocat: non tamen ſi quam in rem nullam meam operam & induſtriam confero, iccircò mihi fructum ex ea percipere non licet. Nam & dominus,qui colono inquilinóve prædium locauit, vel pecora paſcenda partiario dedit, operam nullam confert: l.5. C. de pact.& ſocius,qui ſolam pecuniam contulit, ex negotiatione, quam alter ſolus exercet, iure lucri partem conſequitur. l. ſi non fuer. 29. D. pro ſoc.Minus etiam aduerſatur,quòd Ariſtot. diſputat, contra naturam eſſe, ex numis ſterilibus,fructum quærere. εὐλογώτατα,inquit,μισεῖται ἡ ὀβολοστατικὴ, διὰ τὸ ἀπ' αὐτοῦ τοῦ νομίσματος εἶναι τὴν κτῆσιν. Iure optimo, inquit,fœneratio in odio eſt, quoniam ex ipſo numo lucrum quærit. quod ipſius argumentum etiam Ambroſius & Chryſoſtomus ſecuti ſunt. Sed non ſi res per ſe ſterilis eſt, iccirco cum opera & induſtria coniuncta excoli, & frugifera, fructuoſáque reddi non poteſt. Non enim fructus omnis naturalis eſt: vt cùm prædiorum fruges, & animalium partus, fructum appellamus: l.43. D. de euict.

Fruct

Fructus enim quidem ciuiles sunt, veluti mercedes locationum, operarum, seruorum, vecturæ nauium & iumentorum. l. mercedes, 29. D. de hered. petit. Quinetiam vsura pecuniæ modò reditus, modò fructus appellatur, vt iam aliquoties demonstratum est: alioqui ridiculum esset dicere, quia mula sterilis est, iccircò nullum ex eius locatione percipi fructum licere: cùm omnium iumentorum vecturæ passim fructus appellentur: vt in l. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. l. 39. De legat. 1. atque adeò etiam nauis vectura fructus dicitur: & vsurę in eo comparatur, quòd neutra natura prouenit, sed iure percipitur. l. si nauis, 62. D. de rei vindic. Neque minus absurdum esset disputare, quia domus domum, aut nauis vecturam non parit, iccircò mercedem ex eius locatione exigi non licere. Nam rectissimè Papin. illo loco scripsit, vsuram non natura prouenire, sed iure percipi. Et Pomponius: Vsura pecuniæ, quam percipimus (inquit) in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia caussa est: id est, ex personæ obligatione nascitur. l. vsuræ. 121. D. de verb. signifi. Quod igitur Sterilis aut Fructuosæ pecuniæ nomen in iure nostro vsurpamus: vt in l. debitor, 7. l. si bene, 33. infrà h. t. l. 3. §. vsuris, D. de contr. tut. act. nequaquam ad propriam fructuum vel naturalium, vel ciuilium rationem referendum est, sed vt per translationem dictum, accipiendum est: quoniam (vt Festus scribit) Fœnus appellatur, naturalis terræ fœtus. Ob quam caussam & numorum fœtus Fœnus est vocatum: & Fœnebris

pecunia, quòd crediti numi alios pariant: & apud Græcos eadem res τόκος dicitur, παρὰ τὸ τίκτειν. His igitur aut similibus argumentis probari videtur posse fœneratio: ac præsertim, vt nonnullis placere video, cum quis mediocrib. fortunis præditus, sed præsenti pecunia fortè instructus, opulentiori multò, sed minus à præsenti pecunia parato pecuniam sub vsuris credit. Verùm his omnib. non obstantib. contrariam sententiam veriorem & probabiliorem esse arbitror, iis de caussis, quas subscribemus. Nam primum & summum argumentum ex auctoritate Scripturæ sacræ ducitur, Exod. 22. Leuit. 25. Deut. 23. vbi Deus vetat, ne eius ciuitatis ciues, quam ipse pro sua sapientia instituerat, ex creditis pecuniis vel fœnus, vel quamuis aliam accessionem, siue exuperantiam, & additamentum exigant. Nam vtrunque propheta Ezechiel coniungit, Fœnus & Exuperantiam: siue, vt quidam conuertunt, Superabundantiam, cap. 18. Ac fœnus quidem ab Hebræis Nezech appellatur: quo verbo morsum significant, quasi quod debitorum fortuna arrodat, atq; abundat. Additamentum autem, Tarbat: vt disputari possit, non eam tantum vsuram damnari, quæ ciuem mordet atq; arrodit, hoc est, damno afficit, eiúsque bona deminuit: verumetiam omnem ad sortem accessionem, eiúsq; incrementum: quo verbo Fœnus nonnunquam à nostris appellatur: vt in l. 9. D. de alim. & cib. leg. l. 1. §. bellissimè. D. vt legat. nom. cau. Etsi autem huc referri solet illud Christi præceptum, Luc. 6.

δαν

δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες: tamen à multis iam demonſtratum eſt, verba illa ad ſortem potius, quàm ad fœnus pertinere: propterea quòd paulò antè dixerat: ἐὰν δανείζητε παρ' ὧν ἐλπίζετε ἀπολαβεῖν quaſi ἀπελπίζοντες dictum eſſet, pro ἐλπίζοντες ἀπολαβεῖν. Atque ita Baſilius locum illum in Pſal. 14. diſertè interpretatur. Secundum argumentum erit, ex veterum ſummorum legiſlatorum auctoritate, Scripturæ ſacræ conſentanea. Nam Plato quidem lib. De leg. 5. fœneratorem & ſorte & vſuris multat: μὴ δὲ δανείζειν, inquit, ἐπὶ τόκῳ· ὡς ἐξὸν μὴ ἀποδιδόναι τὸ παράπαν τῷ δανεισαμένῳ, μήτε τόκον, μήτε κεφάλαιον. In eandémque ſententiam Ariſtoteles lib. Politic. 1. multa ſcribit; & fœneratorum quæſtum lenonum quæſtui comparat. Et Plutarchus eadem de re libellum ſcripſit vbi ait: Fœneratores contra naturam de nihilo nihil efficere, & ab iis ex eo quod non eſt, neque vnquam fuit, lucrum captari. Similitérque Seneca lib. de Benef. 7. Quid Fœnus, & Kalendarium & Vſura, niſi humanæ cupiditatis extra naturam quæſita nomina? Et Cicero in Offic. Catonem Maiorem laudat, quod fœnerari, & hominem occidere eodem loco haberet. Quinetiam, vt ad ius noſtrum, hoc eſt, ad Rempublicam R. veniamus: idem Cato in lib. de Re ruſt. ſcribit: Legib. XII. tab. fœneratorem quadrupli damnatum, cùm fures dupli tantùm damnarentur: ex quo inquit, intelligi poteſt, quanto improbiorem furê fœneratorem exiſtimarint. Neque obſtat, quod Tacitus libro quinto ſcribit, iiſdem XII. tabul.

ſancitum fuiſſe ne quis fœnus vnciario amplius exerceret. Nam cùm vnciarium fœnus creditori magis propè damnoſum ſit quàm lucroſum, illuſam hac lege fœneratoriam artem eſſe apparet. Tertium argumentum ex intima Iuriſprudentia eruendum eſt, hoc modo: Ei demum quæque res quæſtuoſa eſſe debet, cuius periculo eſt: neque enim antè rem cuique quæſtui eſſe oportet, quàm eius periculo ſit: ait Pomp. in l. is qui, 13. §. 1. D. commod. neque vllum lucri, quæſtus emolumenti genus, in tota Iuriſprudentia reperietur, quod non indiuiduè coniunctum periculum habeat. l. ſi non fuerunt, 29. in fi. l. ſi igitur, 55. eo. l. ſecundum naturam, 10. D. de reg. iur. At in Mutuo ſortis periculum à creditore in debitorem tranſit: & ſiue incendio, ſiue latrocinio, alióve caſu fortuito ſors perierit, ſoli debitori perit: creditori ſemper certa eſt. l. incendium, 11. C. ſi cert. pet. l. qui negotia, 34. D. mandat. quod non modò propter perſonalem debitoris obligationem dici poteſt, verùm etiam quia non rarò fœneratori pignoribus, interdum etiam prædiis prædibúſque cauetur. Neque ad rem pertinet, quòd credita pecunia dicitur eſſe periculo eius qui dedit, & ei demum vſura deberi, cuius periculo ſors apud debitorem collocata eſt, quamuis alterius, aut plurium ea pecunia ſit. l. ſi nauis, 62. D. de rei vind. l. poſtulante, 44. D. ad Tertull. l. ſi vnus, 67. §. 1. D. pro ſoc. l. idémque, 10. §. ſi mandauero. D. mand. Primùm, quoniam hoc de duob. debitorib. dicitur, quorum prior alteri credidit: cuius poſterior

rioris periculo pecunia eſt. Deinde duplex in pecunia periculum eſt : vnum corporum quod ad eum, penes quem pecunia eſt, pertinet: alterum obligationis, cuius periculum ad dantem pertinet: ſi fortè propter debitoris inopiam inanis euaderet. l. 6. D. de dol. Verùm (vt dixi) nonnunquam fœneratores ſibi, aut pignoribus, aut fideiuſſoribus cauent. Quare iniquum videtur, ſortem, quæ debitoris periculo eſt, creditori quæſtuoſam eſſe, ídque eò magis, quia non modò ſors creditori ſemper tuta & extra periculum eſt, verumétiam certum & exploratum ei lucrum affert: atq; ita duplex ex credito commodum ad fœneratorem redit: nam & pecuniam ſuam tutò & extra periculum collocat. & certum ex ea lucrum adipiſcitur. Vnde quartum argumentum duci poteſt. Repugnant enim, ex ſorte & negotiatione incerta certum lucrum captáre. nam vbi periculũ eſt (ait Iuſt.) ibi lucrum collocandum eſt. l. vlt. §. pen. C. de fur. Dixi, Negotiatione: vt eas fœnerationes remoueamus, quæ aduerſus calamitoſos exercentur : quas ferè boni omnes execrantur. Sed vt eorum diſputationem adiuuemus, qui contendunt, nihil eſſe incommodi, ſi ab eo lucrum aliquod ſtipulemur, cui negotiaturo credidimus: quid, ſi infeliciter ei negotiatio ſucceſſerit? an non iniquum eſt, lucrum ex alieno damno & iactura quærere? vt ait tex. in l. reſcriptum, 12. §. 1. D. de diſt. pig. l. quoties, 16. D. de iur. dot. l. itaque, 28. D. de dol. Bono & æquo non conuenit, inquit Pomponius, aut lucrari aliquem cum

damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum: l.6. D.de iur. dot. quod poſterius perſæpe accidit, vt quidquid quæſtus mercator induſtrius fecerit, id totum fœneratori pro vſuris præſtare debeat. Quintum eſt, quod cùm Mutuum ex eorum contractuum numero ſit, qui officij cauſſa, & ad vtilitatem eius qui accipit inſtituti ſunt: ſicuti commodatum & precarium: tamen per fœnerationem ad quæſtum & eius qui dedit vtilitatem, contorquetur. Nam mutui natura eſt, vt ſi gratuitum. l. ſi tibi.17. §.1. D.de pact. l.rogaſti,11. §.1. D.ſi cert. pet. per fœnerationem autem corrumpitur, & quęſtuoſum efficitur. l.grauius. 71. §.vlt. D. de fideiuſ. Nam & ſuprà dictum eſt, plerunque ex die ſtipulationis vſuræ deberi incipiunt, atque adeò certi temporis repræſentantur. l. 4. §. vlt. & l. qui in futurum, 57.D.de pact. Sextum argumentum eſt, quòd ex aliena re domino inuito fructus quęritur. nam etſi debitor ſtipulanti fœneratori vſuras promittit, ac proinde conſentire videtur: & regulariter in iure noſtro voluntas coacta voluntas cenſetur: vt in l.ſi patre, 22.D. de rit.nupt. l.apud Iulianum,11. D.ad Treb. tamen ſi veritatem ſpectemus, libera & integra voluntas non eſt. l.ſi mulier, 21. §.pen. D.quod met.cauſſ. Neque dubium eſt, quin debitor gratuitam, quàm fœnebrem pecuniam mallet: ſed rei numariæ difficultate, ſæpe etiam calamitate coactus, vſuras promittit. qui verò non integra voluntate conſentit, inuitus appellatur. l. ſi metus, 85.D.de acq.hered. Septimum argument

mentum Aristoteles suppediat,cùm ait:Fœnus iccircò esse omnium acquirendi modorum maximè contra naturam, quod ex ipso numo, qui permutationis caussa inuentus est, quæstum facit.nam satis constat,numum venditionis & locationis caussa institutum fuisse, cuius æstimatio difficultatibus permutationum subueniret, vt ait Paulus,l.1.D.de contr.empt. Quare cùm per numum cuiusque rei æstimatio,tum in venditionibus tum in locationibus fiat:sequitur,vt neque venditio, neque locatio in numum cadat:ne idem sit & merx,& pretium mercedis:& quæ res aliarum rerum omnium æstimandarum caussa instituta est,ea ipsa eiúsve vsus æstimetur: l.si ita,43. D.de fideiuss. l.3. D.de in lit. iur. Octauum argumentum ex Plutarcho sumi potest, qui in libello aduersus fœnerationem scripto,ait: Fœnus iccircò contra naturam esse, quia ex eo, quod non est, neque vnquam fuit, generatur: cùm lege naturæ (inquit) ex nihilo nihil gignatur. Et certè ita se res habet,vt cùm pecunia (quemadmodum iam dictum est) permutationis solummodò caussa instituta sit, vbi nihil permutatur,iniquum sit pecuniam exigere: Fœnerator autem nihil permutat: quoniam solida ei sors redditur.Ita & pro nihilo & ex nihilo quæstum facit. Deinceps videndum est, quemadmodum superioribus argumentis responderi possit.Ergo quantum ad primum attinet, dicendum est: Pecuniam similésque res, quæ quantitate constant, iccircò cadere in locationem non posse:primùm, quia nulli nisi ad

consumendum vsui sunt: l.3. §.vlt.D.commod. Pecunia(inquit Imp.) vsu&assidua permutatione quodammodo extinguitur.§.2.de vsufr. Vinum, frumentum, oleum, nullum sine interitu & consumptione vsum præbere possunt. l.1. D. de vsufruct.ear.rer. Itaque in Mutuo non ad idem, sed ad tantundem reddendum obligamur.l.2.D.si cert.pet.At in locatione idem corpus eadémque forma reddenda est.l.videamus. 11.§.2.D.locat.Altera caussa est,quia non modò locatæ rei tum dominium tum periculum penes locatorem manet, l.9. §.1.l.non solet,39.D. locat.l.in iudicio,28. C.eod. verumetiam colonus mercedem, si qua calamitas acciderit, non debet. Iniquum est(ait textus)præter damnum seminis amissi etiam mercedem exsoluere. l.ex conducto. §. vbicunque, D. eod. At in mutuo non modò pecunię dominium & periculum in debitorem transit, verumetiam si & sortem, & insuper operam suam perdiderit. nihilominus fœneratori & sortem & vsuras debet. l. incendium,11.C.si cert.pet. Eò accedit,quòd res locatæ non modò mobiles vsu conductoris atteruntur, in quo damnum locatoris manifestum est:verumetiam quædam immobiles: vt prædia vrbana propter sarta tecta census & tributa, oneri & sumptui domino esse solent: l. ex conducto, 15. l.sed addes, 19. §. illud. D. locat. l.7. D. de public. quæ omnia locum in mutuo non habent.Quare,vt veteres locari & conduci numos dixerint, aut fœnus Mercedem Reditúmve appellarint:tamen id vt translatè &venustè, non

non autem verè, ac propriè dictum, intelligendum est. Nam eodem modo festiua translatione dicebant, Occupare pecuniam, pro Exercere, & fœnori collocare. Cicero pro Flacco: Pecuniam adolescentulo grandi fœnore, fiducia tamen accepta, occupauisti. Et Verrin. 3. Pecunias occuparat apud populos. Ex contrario, Vacare pecuniam dicebant, quæ in arca relinquitur, nec in fœnore, aut prædiorum emptionib. aut mercaturis faciendis occupatur. l. cùm plures, 12. in fin. D. de admin. tut. & Vacuam, quasi vacantem pecuniam: in l. quintus, 28. D. depos. & l. Titius, 24. D. de præsc. verb. quæ aliis locis Otiosa dicitur: velut in l. qui semisses, 13. §. vlt. D. de vsur. §. 2. Inst. mandat. Quantum ad secundum argumentum attinet, duplex responsio est: primùm, quod in fœneratione nullum creditoris damnum aut incommodum versatur: quoniam (vt suprà dictum est) fœnus exigitur à creditoribus, etiamsi nihil illorum interfuerat, vsu caruisse suæ pecuniæ: & solius lucri captandi, non damni compensandi caussa institutum est. alioqui compensatoria vsura esset, non fœnus. l. cùm quidam, 17. §. si pupillo. D. h. t. Deinde quod lucrum illud cessans, quod fœneratores sibi interceptum queruntur, & vulgò suum Interesse appellant, incertum fuit: quandoquidem neque mercatura, neque prædiorum comparatio semper feliciter succedit. Quare periniquum esset, incertam lucri spem cum certo ipsius fœnoris lucro commutare. Ad tertium respondendum est: primùm dissimilem esse ra-

tionem debitoris ex caussa empti & venditi, & debitoris ex caussa mutui. nam ille plerunque, creditore inuito, pecuniā retinet. qua de caussa, cùm verisimiliter venditoris intersit, vsuræ non ad lucrum, sed ad eius, quod propter moram interest, compensationem conceduntur: l. cùm quidam, 17. §. si pupilli. infrà. h. t. At hic creditore non modò volente, verumetiam (vt fœneratorum institutum fert) cupiente, pecunia ipsius vtitur, in quo non damni cōpensatio, sed apertum lucrum appetitur. d. l. 4. §. vlt. D. de pact. & quod officij caussa in vita hominum institutum est, ad quæstum conuertitur. contra l. idémque, 10. §. si mandauero. & l. ita vt omnes, 26. §. 1. D. mand. Præterea in huiusmodi conuentionibus cautio adhibenda esset, videndúmque ne fraus legi fieret: si fortè venditor hoc prætextu & colore differendę solutionis vsus esset, vt fœnerationem tegeret, l. 3. §. pe. D. ad Maced. Quartum & quintum argumentum, quæ ab auctoritate ducta sunt, contraria auctoritate refelluntur. Nam vt aliquo tempore fœneratorum ars Romæ probata sit, tamen alio tempore pestifera & propè exitialis iudicata est. Itaque videre licet passim in Liuij, Dionysij, Appiani, & aliorum libris seditiones, ciuilésque dissensiones quamplurimas, quæ Rempublicam Romanam, propter fœnerationis incommoda propè funditus euerterunt. Qnod verò de cauponatrice dictum est, ita facillimè refellitur. Etsi nundinatio illa cariora ciuibus reddit cibaria, tamen damnum illud, qualecunque sit,

cùm eo commodo compensari, quod ex subita rusticorum ad opus suum reuersione comparatur. Ex fœneratione verò nullum, neque reipublicæ, neque priuato cuiquam emolumentum, sed contra & priuatim & publicè detrimentum affertur: ídque quotidiana experientia seculis omnib. docuit, in Numulariis qui foro cedunt, vt Plautus loquitur: quæ incommoda non sine multorum calamitate possunt accidere. Quod etiam Imperator Constantinus suo tempore factitatum testatur in l. lex quæ, 22. §. vlt. C. de adm. tut. Pecuniæ ipsius, inquit, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt, fœnerandi vsus vix diuturnus, vix continuus & stabilis est: quo subsecuto, intercidente sępe pecunia, ad nihilum patrimonia deducuntur. Leoni verò philosopho Christiano Imperatori, & Constantino, & Iustiniano, non modò veteris ecclesiæ summum consensum oppono, ac præsertim synodum Nicenam, verumetiam Scripturæ sacræ auctoritatem: quæ, vt dixi, non modò rodentem & carpentem vsuram, verumetiam omnem ad mutuum accessionem, incrementum & additamentum damnat: Exod. 22. & Ezech. 18. quem in locum præclara Theologi cuiusdam sententia extat, indignam Deo fieri contumeliam, si quis neget, eum satis prouidisse, quæ ad ciuitatem bene ac beatè constituendam pertinerent. neque dici potest, constare ciuitatem sine fœneratione non posse, vt non de perfecta Dei sapientia contumeliosè detrahatur. Quæ cum ita se habeant, concludi

posse arbitror, eam demum de sortis incremen to conuentionem probandam esse, in qua ex creditoris parte duo hæc concurrunt: vt neque quæstus caussa ab illo facta sit, & eius intersit, vsu suę pecunię caruisse. ex debitoris autem parte, vt non modò damnum in exercenda pecunia non senserit, verumetiam lucri aliquid per eius pecuniæ occasionem perceperit. Nam quantum ad societatem attinet, certum est, eam sine lucri & damni communione non consistere. l. si vnus, 67. l. si non fuerint, 29. & l. seq. D. pro soc.

## QVÆSTIO XLI.

*Quę res facti, aut iuris, aut animi esse dicantur, & quænam illarum differentia sit.*

CAussæ facti & iuris & animi multum inter se discrepant, longéque diuersæ ac disiunctæ sunt. Res autem illæ variis de caussis, & diuerso respectu sic appellantur. Nam facti dicuntur, quæ naturales sunt, & factum hominis requirunt, neque fictionem vllam admittunt, nullæ autem iure ciuili infirmari possunt. l. à bello, 12. §. 12. D. de captiu. l. 8. & l. pe. D. de cap. min. l. 1. §. 2. De acq. poss. Iuris caussæ dicuntur, quæ non naturaliter, sed iuris intellectu constant, & cùm ciuili iure constitutæ sint, eodem iure perimuntur, eiúsque fictionem admittunt. l. 1. §. 2. D. de acquir. poss. d. l. pen. D. de cap. min. Animi autem dicuntur, quæ pręter factum animum & affectum facientis requirunt. l. pro herede

rede,20. D.de acq. hered. Sed quæ facti sunt, interdum animum & voluntatem non desiderant: quæ iuris sunt, omnino etiam animi sunt. l.1. §. l.possessionem, 29. D. de acq. poss. l.pro herede,20. D.de acq.hered. l.si eum qui,26. D. de don.int.vir. & vxo.vnde intelligitur, eá quæ facti sunt, ad corpus: quæ iuris, ad animum referri. Atque hæc quidem illarum natura & proprietas dici potest: quæ tamen multis modis vtilitatis caussa, hoc est propter vsum fori,ac vitæ communis vtilitatem, multis casibus inflectitur. Cuius rei exempla mox proferemus. Nam prius illud scire oportet, Naturalia iam ea dici, quæ ad ius naturæ referuntur:quod fuisse Iurisconsulti statuunt nondum neque gentium, neque ciuili iure constituto: cum par eadémque hominum omnium conditio erat. l.2. D.de natal.rest. l.4.D.de iustit.& iur.l.quod attinet,32. D.de regul.iur. Qua de caussa omnia hæc indistinctè in quemuis hominem conueniunt, hoc est,etiam in seruum. sic,vt in vnum collata,per alterum impleri non possint. veluti, Tenere,ire,agere, soluere, dare,tradere, eligere,emere, vendere,locare, conducere,hereditatem adire, habitare,ali,heredem institui,pacisci. Nam factum serui,non est factum domini, nec factum filiifamilias, factum patris: vt posterius docebimus. l.quod dicitur,130. D.de verb.oblig. §. 2.De stip.seru. Hinc Naturaliter ea fieri dicimus,quæ sine vlla iuris ciuilis fictione, formula, & solennitate fiunt,quod Pragmatici dicere solent, Realiter. Veluti,cum naturaliter fieri

ſolutio dicitur, numeranda, tradendáque pecunia numerata, l. ſolutam, 49. D. de ſolut. cui opponitur Acceptilatio, quæ tota iuris intellectu conſtat, tota ciuilis, atque fictitia eſt, l. pe. D. de ſolut. item cum cognatio naturalis dicitur, etiam inter ſeruos, itémque ex adulterio, inceſtu, ſtupro. l. eius qui, 9. D. ad municipal. l. adoptiuus, 14. §. 1. D. de rit. nupt. l. 2. D. vnd. cogn. Ciuilis autem, & fictitia, quæ intellectu conſtat, quæſita per adoptionem ſine iure naturali: vt ait Modeſtin. in l. 4. §. 1. D. de gradib. Sic naturaliter clauſę teſtamenti tabulæ dicuntur, quę vulgari, & vſitato modo clauſæ ſunt, non eo, quem ſenatus certo ritu & formula inſtituit: apud Paul. lib. ſent. 4. tit. 6. & naturaliter apertæ, quæ quouis modo apertæ ſunt, non quomodo ſenatus decreuit, vt etiam, qui linum tantum incidiſſet, aperuiſſe videretur. l. 3. §. aperire, 12. & §. ſi quis, 14. D. de ſenat. Silan. Sic Naturalis datio in peculio requiri dicitur, id eſt, corporalis traditio de manu in manum, non nuda domini voluntas, l. 8. D. de pecul. Atque inde Naturalis poſſeſſionis nomen, quæ quia poſſidentis factum requirit, non niſi rerum corporalium, & ſingularum eſſe poteſt. l. 3. & l. cum heredes, 23. D. de acquir. poſſeſſ. l. 3. §. 1. D. de bon. poſſeſſ. Indidem etiam Naturalis obligationis vocabulum. l. ſi quod, 64. D. de cond. indeb. l. ſerui. 14. D. de obligat. & act. quæ adeò perſonæ hominis cohæret, vt iure ciuili, puta, per capitis minutionem, non extinguatur. l. 2. §. 2. & l. eas, 8. D. de cap. min. Quapropter S. C. Macedonianum

vetare non potuit, quominus filiusf. ex pecunia mutuo ſumpta, naturaliter obligetur, atq; adeò poſt ſui iuris adeptionem obligatus maneat. l. quia, 10. D. ad Maced. Denique quæ naturalia ſunt, & facti eſſe dicuntur, indiſtinctè in quemuis hominem conueniunt: hoc eſt, etiam ſeruum, & pupillum & infantem. l. 1. §. 1. & §. 3. & §. ceterum, 7. & l. poſſeſſionem, 29. l. quamuis. 32. §. 2. D. de acquir. poſſeſſ. l. quod dicitur, 130. l. ſtipulatio, 38. §. hæc quoque, D. de verb. obligat. &, quemadmodum ſuperius diximus, quæ facti ſunt, ad corpus referũtur: quę iuris, ad animum. Sed hæ differentiæ, ac definitiones, aliquot exemplis illuſtrandæ ſunt, quorum hoc PRIMVM eſt: TRADITIO, ſiuè DATIO dicitur eſſe facti. l. 7. §. 3. D. de cur. furioſ. l. quæ heredi, 44. D. de condit. & demonſtrat. Ergo naturaliter intelligitur, vt de manu in manum fiat corporaliter. auctore Paul. ſentent. 5. tit. de don. 11. §. 1. qua de cauſſa ſeruo dare iuſſus, domino dando non liberatur. imò heredi ſcripto dare iuſſus, ſeruo heredi ſcripto, non ipſius domino dare debet. quoniam (ait Paulus) ea quę facti ſunt, non trãſeunt ad dominum. d. l. 44. Ac pari modo ſeruus, aut filiusfam. electionem ſibi ſtipulatus, ipſemet eligere debet, nec patri aut domino electio permittitur. l. ſi ſtipulatus, 76. l. ſi ſeruus, 141. l. vlt. D. de verb. obl. l. Stichum, 95. §. Vſumfructum, D. de ſolut. SECVNDVM exemplum eſt in poſſeſſione, tametſi duo hęc inter ſe conferuntur, quandoquidem acquiri poſſeſſio ab altero, ſine ipſius traditione, non poteſt. Ergo

POSSESSIO plurimum facti habere dicitur: quoniam ex quorundam sententia in ea tum acquirenda, tum retinenda, corporalis detentio requiritur. l. denique, 19. D. ex quib. causs. maior. vbi Papinianus apertè disputat, possessionem solo animo non retineri: cum ait, eum qui ab hostib. captus est, amittere possessionem, neque fictioni postliminij locum dari, vt eam animo continuasse intelligatur. ac pari ratione possessio magis est facti, quàm iuris: ait l. 1. §. adipiscimur, D. de acquir. possess. l. stipulatio, 38. §. hi qui sunt, D. de verb. obligat. imo magis facti & corporis, quàm animi & iuris: l. possessionem, 29. D. de acquirenda possessione. l. si cum, 26. D. de donation. inter vir. Naturaliter igitur intelligenda est, vnde naturaliter acquiri dicitur. l. ea quæ, 53. D. de acquirendo rerum dominio. ac proinde non nisi corporalium, & singularum rerum esse potest. l. qui vniuersas, 30. De acquirenda possess. l. 3. §. 1. D. de bon. pos. quia factum possidendi requiritur, qua de caussa hereditas possidere posse negatur. l. 1. §. Scæuola. D. si is qui test. lib. non vtique tamẽ apprehendenda possessio est manibus, aut pedibus, & tactu: sed tantum oculis & aspectu. Sic enim locum illum legendum arbitror, non (vt Vulgo scriptus est) ACTV & AFFECTV. l. 1, §. pen. D. de acqu. possess. Fictionem præterea possessio non admittit: qua de caussa qui possidet, sibi, non alteri possidet. adeo vt fructuarius non possidere dicatur. l. acquiruntur, 10. §. vlt. D. de acq. rer. domin. l. vlt. D. de acquir. possess. l. 1. §. quod ait. D. quod

D. quod legat. atque iccirco nec possessio sua natura per alterũ . alteri acquiri potest, vt mox dicemus: nec fictione vlla retineri. qua de caussa per captiuitatem interrupta postliminij fictione non restituitur. d. l. denique. & l. in bello. 12. §. 2. D. de captiu. l. cum hered. 23. §. 1. D. de acq. poss. l. si is qui, 15. D. de vsurp. Sed hoc quidem modo, vt antè dixi, subtiliter & verè, propriéque de Traditionis, Dationis, Possessionis natura disputantur. Vtilitatis autem caussa Iurisconsultos coegit, earum naturam interdum inflectere, atque ingenuè fateri, possessionem interdum plurimum iuris habere, & solo animo, ac solo iuris intellectu constare, neq; corporis tantum esse, sed etiam iuris, id est, dominij. nam Imp. Constantin. Nemo ambigit, inquit, possessionis duplicem esse rationem: aliam quæ iure consistit, aliam quæ corpore. l. nemo, 10. C. de acq. pos. quod idem traditur in l. possessio quoque, 49. D. e. l. 1. §. interdictum. 13. D. de vi & vi arm. nam, exempli caussa, possessio creditoris corporale pignus possidentis, naturalis quidem appellatur. l. 3. §. vlt. D. ad exhib. ac proinde facti est: sed tamen adeo iuris est & animi vt rem debitori & locare & precario concedere possit. l. cùm & sortis, 35. §. vlt. D. de pig. act. Quinetiam possessio quædam dicitur esse iuris, siue animi: hoc est, non facti, & corporis: nempe quæ animo solo retinetur. d. l. 1. §. interdictum, 13. & §. sequ. D. de vi & vi arm. l. 3. §. saltus. D. de acq. pos. l. 4. C. eod. §. quinetiam, Inst. de interdict. & apud Paul. Sent. 5. tit. 2. vnde e-

tiam fictionem admittit. Nam vtilitatis caussa contra ipsius naturam receptum est, primùm, vt per alterum acquiri alteri possit, vt Paulus eodem loco scribit: & traditur in l.traditio,20.in fin.D.de acquir.rer.dom.l.1.l.8.C.de acquirẽd. possess. Deinde, vt heres dicatur suam portionem retinere, vbi legatarius totum legatũ possidet.l.1.§.3.D.quod legat.tum vt proprietarius per colonum, aut inquilinum possideat. l.24. l. seq. D.de acq. poss. item per depositarium, & commodatarium.l.17.§.1. D.depos.l.8. D.commod. quid amplius? quamuis regula iuris sit, vt possessio non nisi animo simul & corpore acquiratur, quemadmodum suprà demonstratum est, tamen vtilitatis caussa inductum est, vt & sine animo & sine corpore acquiratur: ignoranti scilicet, & absenti. l.si me,34.§.vlt. D.de acq. poss.l.nunquam,31. §.si seruus,D.de vsurp. Simul intelligimus, cur adeptio possessionis dicatur esse facti: Acquisitio verò facti & iuris. Nam in acquirendo tria requiruntur: primum, titulus, hoc est, iusta dominij acquirendi caussa.l. nunquam,31. D.de acquir.rer.dom. deinde naturalis apprehensio, siue detensio corporalis.l. 3. §.1. l.8. D.de acquir. poss. l.3. §.1. De bonor. possess. postremò, animus, & affectus possidendi.d.l.8.& l.qui iure.41.D.de acquir.poss.ac pari modo, quamuis Traditio verè propriéque sit facti, & planè naturalis, & corporaliter fiat, tamen eiusdem vtilitatis caussa interdum ipsius natura inflectitur, vt tota iuris ciuilis sit, & fictione, atq; imaginatione constet. Veluti, cum

poss

possessio prius naturaliter, & corporaliter alia ex caussa apprehensa, nunc posterioris nouæ caussæ fictione cumulatur, cuius rei exempla passim extant.l.§.vlt.D.de donat.int.vir.& vx. l.licet,43.§.1.D.de iur.dot.l.non statim,8.D.de pecul.l.8.§.interest.l.si seruus,21.§.1.D.de acq. rerum dominio.l.9.§.D.de Publician.l.3.§.vlt. D.de acquir.posses.l.quædam,77.D.de rei vindic. l.si rem.62.D.de euiction. item cum possessionis caussæ conuentione partium separantur. veluti,cum inter absentis rei donatorem,& donatarium conuenit, vt eam donator conductam habeat, vel vsumfructum retineat.d.l.quędam,& l.quisquis,28.D.de donat.item cum instrumentum absentis rei, pro ipsius rei donatione traditur.l.1.C.de donat.aut claues pro frumento in horreo proximo, vel pro vino, in cella proxima.l.1.§.pen.l.quorundam,D.de acquir.possess.l.clauibus.74.D.de contrah.empt. aut cum vinum traditionis loco degustatur.l.1. l.4.D.de peric.& commod. Denique ne quid dissimulem,& publicè vtilitatis maiorem quam Triboniani existimationis rationem habeam non celabo studiosos, controuersum hoc ius inter Proculianos & Sabinianos fuisse: cum illi solo animo in possessione acquirenda contenti essent, hi etiam factum ipsum & corporalem detentionem requirerent.l.3.§.Neratius.D.de acq.her. neque vlli nugatori auscultandum est, qui hoc inficiari audeat. ac pari ratione videmus Paulum qui lib.54.ad edictum scripserat, possessionem animo solo amitti, quamuis cor-

pore insistatur:l.3.§.in amittēda,D.de acq.pos. eodem lib. 65. scripsisse possessionem non nisi corpore & animo amitti. SECVNDVM exemplum est de pacto,& stipulatione. Nam in PACTO factum versari dicitur,in stipulatione,ius, l.27.§. pactus, D.de pact.atque ob id pacto solo naturali iure niti dicuntur, quia iuris ciuilis auctoritate destituta sunt,nec nisi naturalem obligationem vel pariunt,vel extinguunt.l.5.§.2. l.stichum,95.§.naturalis, D.de sol. deinde personam non mutant. Nam quæ personalia sunt, ne heredibus quidem prosunt. l.idem,25.§.1.D. de pact.Neque obstat,quod dicitur,pactum filij patri prodesse. l.17. §.vlt. & ll.seqq. D.eod. aut pactum defuncti heredi prodesse.l.9. D.de probat.quoniam ex Pedij disciplina magis spectari oportet,quid actum sit (hoc est,quæ mens paciscentium fuerit) quàm quæ persona inter ipsos nominata sit.l.7.§.pactorum, D.de pact.l. 3.§.2.D.de lib.leg.quod tamen,quoniam interdum obscurum est in controuerso iure apud Iurisconsultos mansit:vt apparet ex l.qui in futurum.57. D.de pact. Porrò neque in pacto fictionem admitti, neque illud iure ciuili infirmari,patet ex eo,quod factum à filiofam.etiam ipsi emancipato prodest : factum à seruo, etiam eidem manumisso vtilitatem affert. l.7. §.si antè,D. eod.At ex contrario, STIPVLATIO in iure consistere,ac tota ciuilis esse dicitur,& per eam ciuiliter acquiri. l.ea quæ, 53. D.de acquir. rer. domin. Qua de caussa neque personæ cohæret, & iure ciuili perimitur: quemadmodum in ser-

uor

uorum obligationibus mox docebimus. TERTIVM enim exemplum ex OBLIGATIONE SERVORVM proferemus:in qua factum versari dicitur , hoc est, naturalis obligationis nexus. l. nec seruus,41.D.de pecul.quoniam iuris ciuilis auctoritate destituta, ad vetustum illud naturæ ius refertur, quod superius ostendimus:cum omnes homines pari iure,& conditione vtebantur,neque alij serui,alij liberi erant,sed omnes ęquabiliter vno,& communi nomine Homines appellabãtur.l.4.D.de iustit.&iur.qua de caussa passim in libris nostris seruus domino,vicissímque dominus seruo , itémque cuiuis extraneo seruus naturaliter obligari dicitur: adeò vt vel manumisso vel à manumisso solutum non repetatur.l.si tuo,38. De solut.l.ser.14.l.naturales,l.10.l.obligari,43.D.de obl.& act.l.vlt.§.vl. D.ad Velleian.ac ne à domino quidem.l.naturalis, 13. l. si quod dominus. 64. D. de condict. inde. l.quod seru.35. D.de solut. quod idem de filiifam. obligatione dicitur, vt post capitis minutionem nihilominus naturaliter obligatus maneat.l.2.§.2.D.de cap.mi.Nam in caussis facti,quia naturaliter spectantur,vulgatę illi fictioni locus non est, qua dicimus, domini & serui,patris & filij vnam eandémque personam censeri.l.frater.D.de cond.indeb.&quod patri debetur, filio deberi: vicissímque quod filio debetur,patri deberi.l. si cum filio,9.D.de compensat. quod pater filio stipulatus est, sibi stipulatum intelligi.l.39.l.56.§.2.l.130. D.de verb. oblig.l.2.C.de cont.stipul.Item hominem ma-

numiſſum, nouum hominem videri. l. ſeruus, 27 D. de adim. legat. quin potius diuerſæ perſonæ, & omnes pari libertatis iure & conditione cenſentur. d. l. 64. D. de cond. indeb. At ex contrario, liberi hominis: hoc eſt, ciuis R. obligatio dicitur eſſe iuris, & in iure conſiſtere. l. 1. §. 1. D. de rer. diuiſ. definitur etiam iuris ciuilis vinculum. §. 1. D. de oblig. l. contractus, 54. D. de obl. & act. ac proinde perſonæ mutationem ferre ſi ius in alteram perſonam tranſierit, poteſt. namque obligationes à defuncto in heredes fictione, & tacito intellectu tranſeunt. l. 1. vt act. ab hered. l. ex contractibus, 49. D. de oblig. & act. Vnde fictionem admittere intelliguntur: quoniam & obligatio, & perſona defuncti, & heredis, vna eadémque cenſetur. l. cùm à matre, 14. C. de rei vind. poſtremò iure ciuili huiuſmodi obligationes infirmantur: quia per capitis minutionem perimuntur. l. quoties, 14. in fin. D. de nouat. l. ſi ita, 126. §. 2. D. de verbor. obligat. QVARTVM exemplum eſt, in ſeruitute & vſu ſeruitutis. Nam VSVS SERVITVTIS eſt facti, ſeruitus ipſa iuris eſt. l. 5. D. de verb. obl. Nam vſus ſeruitutis eſt factum ipſum euntis, agentis, aquam ducentis, vtentis fruentis. Neque ſine facto eius, qui vtitur, conſiſtere ſeruitus poteſt. l. 1. D. quand. dies leg. vſuf. ced. perſonæ autem adeò cohæret, vt ſeruus eundi agendi facultatem ſibi ſtipulatus, ſoli non domino acquirat: ſolus ipſe prohiberi non poſſit, ne vtatur: nam dominus ipſe prohiberi poteſt. §. 2. de ſtipul. ſeruor. l. ſtipulatio, 38. §. hi qui ſunt. l. quod dici-

tur

tur,130. D.de verb. oblig. postremò iure ciuili non infirmatur. Nam etiam post manumissionem perseuerat: vt superiùs de seruorum obligationibus diximus. Per contrarium SERVITVS in iure, vt diximus, consistit, qua dè caussa per actionem in rem vindicatur.l.1.&pass.D.si seru. vind.neque personæ cohæret, sed vendi, donari, legari, & quouis modo alienari in alterum potest.Fictionē aūt admittere,vel ex eo intelligi potest,quod si paterf.se arrogari passus sit,in arrogatorem, seruitutis dominium æquè vt aliud ius quoduis transiit. l.si arrogatur,15. D.de adop. vbi tamen seruitutē solus arrogatus poterit: quia seruitutis vsus personalis est: vt superius diximus. Quinetiam differentia inter vsum seruitutis,& ipsam seruitutem notari aliter potest nimirum in homine libero. Nam vsus seruitutis personæ cohæret, seruitus ipsa prædio. l.quid aliud,86. D.de ver.sig. l.si aquæ,47. De contr.empt. l.qui fund.12. D.quem. seruit. amit.Itaque diuersæ actiones iis de caussis comparatæ sunt.l.2.§.vlt.D.si seru.vind. Illius nomine interdictum possessorium, de itinere actúque priuato.Vti hoc anno,nec vi nec clam, nec precario itinere vsus es. l.1. D.de it. act.pr. per quod quæritur tantum, an vsus sit hoc anno: non etiam vtrum iure an iniuria? quippe, cùm omnis controuersia in facto consistat,non in iure. Vsus enim seruitutis non est ius, sed possessio,& factum. At seruitutis nomine ciuilis actio confessoria comparata est: AIO mihi ius esse eundi agendi per tuum fundum. l. 2. in

fin. D.si seruit. vind.ob eámque rem, quamuis fructuarius vindicare sibi seruitutem itineris non possit, quia ius seruitutis non potest esse, nisi proprietarij, potest tamen agere illo interdicto possessorio: quia potest vti seruitute, quãuis seruitutem non habeat. quippe, cùm vtatur non suo nomine, sed pro alieno iure. l.vsu, 20. & seqq. D. quemadm. seru. amitt. imò nec proprietarius propter factum fructuarij illo interdicto vti potest, quia factum personæ cohæret, nec personam egreditur. d.l.2.§.vlt. D.si seruit. vindic. QVINTVM exemplum est in hereditate, & eius aditione. Nam HEREDITAS dicitur in iure consistere. l.1. D. de rer. diu. At eius ADITIO dicitur esse facti. l.pro herede, 20. l.aditio, 455. D. de acq. hered. qua de caussa factum heredis requirit, eiúsque personæ ita cohæret, vt siue filiusfam. siue adeò seruus heres institutus, ipsemet adire debeat. Pater enim, & dominus adeundo nihil agit. l.antistius, 62.§.1. D.eod. l. 3. l. qui liberis, 8.§.vlt. D. de vulg. substit. l.1. in prin. & §.1. D. si quis omiss. causs. test. qua de caussa si is cui seruus suus substitutus est, seruum suum adire iubeat, testamenti caussam omisisse, & legata ab vtroque relicta debere dicitur. l.cui seruus, 25. D. si quis omiss. causs. test. Etsi autem facti est hereditatis aditio, tamen pro herede gestio animi, imò magis animi quàm facti esse dicitur: quippe quæ animum & affectionem heredis requirit. l.pro herede. 20. l.gerit. 83. D. de acq. her. l.1. C. de rep. hered. Etenim post aditionem confestim hereditas patri aut domino

acq

acquiritur,tamen ſeruus, & filius nudum heredis nomen retinent, & dicuntur heredes ſine re. d.l.3. De vulg.ſubſt. Fictionem præterea non recipit: atque ideo iuſſus patris aut domini,qui in aditione filij, ſeruíve requiritur, præcedere aditionem debet. Nam ratihabitio,quæ poſterius tempus ad præteritum retrotrahit, non admittitur. l.ſi quis mihi.25. §.3. D.de acq. hered. l.pen.D.de rem rat.hab. Iure autem ciuili non infirmatur: quia etiam poſt emancipationem,& manumiſſionem nudum heredis nomen retinent.Per contrarium HEREDITAS,quia iuris ciuilis eſt. §. 3. de bon. poſſeſſ. primùm etiam ſine vllo rei corpore iuris intellectum habet. l.hereditas.50. de hered.pet. l.hereditatis.119. De verb.ſign. deinde fictionem & perſonæ mutationem admittit. l.placet,79. de acq. hered.poſtremò iure ciuili infirmatur, quia capitis minutione amittitur. l. 1. §. capitis, D. ad Tertyll.l.7. D.de cap.min. SEXTVM exemplum eſt in bonorum poſſeſſione. Nam BONORVM poſſeſſio dicitur eſſe iuris,& ſine vlla corporali detentione conſiſtere.qua de cauſſa vniuerſitatem quæ ſenſibus comprehendi non poteſt, animo & intellectu complectitur. l.3. §.1. D.de bon.poſſ.& d.l.119.l.208.De verb.ſig.at eius AGNITIO eſt facti. l.3. §.acquirere, D.de acq.hered. Itaque perſonæ cohæret,neque ad heredem eius, qui ante agnitionem mortuus eſt, tranſmittitur. l.7. & l.bonorum,24. D.rem rat. hab.neque fictionem admittit:quia ratihabitio in ea, poſt tempora petitioni præſtituta, inuti-

liter adhibetur. d.l.bonorum & l.vltim.D.quis ord.in bon.posseſſ.poſtremò iure ciuili non infirmatur. Nam ſi emancipatus bonorum poſſeſſionem patris petit, quamuis poſtea ſtatum ſuum mutet, tamen id, quod acquiſiuit, retinet.l. vlt.D.ſi tab.teſt.null.Per contrarium verò Bonorum poſſeſſio dicitur eſſe iuris:atque iccirco neque perſonæ cohæret, quia ſemel agnita ad heredem tranſmittitur, ac proinde fictionem admittit.d.l.3.§.acquirere. Iure autem prætorio, à quo introducta eſt, infirmatur, quia per capitis minutionem amittitur. l.3. D.vnde cog. SEPTIMVM exemplum ſumi licebit ex inſtitutione & ſubſtitutione. Nam INSTITVTIO & ſubſtitutio heredis dicuntur eſſe facti. l.ſed ſi plures, 10. D. de vulg. ſubſt. quamuis hereditas in iure conſiſtat, vt modò dicebamus. Itaque ſerui etiam heredes inſtituuntur: & quamuis confeſtim domino, cuius iuſſu adierint, acquirant, tamen nudum heredis nomen retinent. d. l.3. D. eodem. Pari etiam ratione ad heredem heredis inſtitutio non tranſmittitur: cum tamen adita hereditas tranſmittatur, l.3. l.7. C.de iure deliber. & ratio perſpicua eſt: quoniam inſtitutio in perſonam certam, & certo iudicio confertur. Heres autem heredis incerta perſona eſt.l. ſciendum, 70. D.de verb.ſignifi. OCTAVVM exemplũ ſuppeditat LEGATVM ANNVVM: quod certæ pecuniæ, aut veſtiarij cauſſa relictum eſt, aut habitationis. Nam hæc omnia facti eſſe dicuntur.l.pen.D.de cap.min. Naturaliter igitur intelligenda ſunt, vt nihil in iis ius ciuile valeat

leat. Nam cui relinquũtur, ei relinquuntur tanquam homini ſimpliciter, non tanquam ciui, aut deportato, aut ſeruo vel libero, aut filiof. aut patrif. ſed, vt dixi, vt hominis victui & cultui cõſultatur. Itaque ſeruis atque adeo in metallum damnatis relinqui ſolent. l. ſi ſeruus, 16. D. de an. legat. l. 3. D. de his quæ pro non ſcript. l. is cui, 11. D. de alim. & cib. leg. Certæ igitur perſonæ ſic aſſignantur. vt ei ſoli præſtari debeant: ſeruo, puta, non domino: filio, non patrifam. l. ſi habitatio, 9. D. quan. dies leg. ced. quia teſtator eam perſonam ſpecialiter intuitus eſſe cenſetur. Quare cùm illa perſona naturaliter ſpectanda ſit, nihil ei capitis minutio nocebit. d. l. pen. De cap. minut. neque enim prioris ſtatus mutatio facit vlla ex parte perſonam illam deficere. At mors naturalis contingens, quia facit perſonam deficere iccircò legatũ hoc, quantumuis agnitum, extinguit, neque ad ipſius heredem tranſire patitur: quia ius non continet, ſed factum duntaxat. d. l. pen. & l. in ſingul. 8. D. de ann. leg. Atque hoc nimirum eſt, quod de hoc legatorum genere Papinianus ſcribit, perſona deficiente, cauſſam præſtandi legati annui videri extinctam. l. firmio, 26. in fin. D. quand. dies leg. ced. Per contrarium autem, legata, quibus ius continetur, ſemel agnita, legatarij morte non extinguuntur: quia non ſpecialiter, & abſciſè perſonam ipſius teſtator ſpectauit: ſed dominium ad ipſum & ipſius heredes tranſire voluit. l. 1. §. in nouiſs. C. de caduc. tol. l. in annalibus, 22. C. de legat. Neq; mouet, quod le-

gatarius negatur esse iuris successor, l.9. §.1. D. de edend.§.legatariis, Instit. de test.ordin. Nam hoc dici constat ad differentiam heredis, qui onerum successor est, cum legatarius merum lucrum auferat.l.si hereditate, 32.D.mandat. Itaq; alij legatorum capaces dicuntur, alij incapaces. Legata denique capitis minutione perimuntur. l. si cognatis, 19. D. de reb. dub. l. intercedit, 59.D.de cond.& demonstr.l.liber, 59.§.si heres, D.de hered.instit. NONVM exemplum est, in vsu ædium & habitatione: quæ multum inter se discrepant. Nam HABITATIO facti esse dicitur. l.pen. D.de cap. min. atque iccirco factum ipsum habitandi requirit, & ab eo ipso, cui concessa est, vt per alium habitare non possit. l. 4. l. 8.D.de vsu & habitat. adeo, vt seruo vel filio concessa, domino vel patri non debeatur. l. si habitatio, 9. D.quand.dies legat. ced. quoniam, vt de alimentis diximus, intelligitur simpliciter, & naturaliter homini concessa, non tãquam ciui, aut filio, seruo, aut libero: qua de caussa neque manumissione, neque capitis minutione perimitur: sed sola naturali morte, qua homo ille naturaliter extinguitur, neque ad ipsius heredem transit.l.si habitatio, 10. & l.seq. D.de vsu & habit.d.l.penul. De capit.minut. Per contrarium VSVS domus in iure consistit.l.1.§.2.D. de rer. diuis. atque à iure ciuili formam habet, æquè, vt aliæ seruitutes omnes: ac proinde filio seruóve legatus confestim ad patrem aut dominum transit.l.filio, 17. D.de vsu & habit. neq; dubium est, quin pari ratione ad heredem trãsiret,

iret, nisi aliter speciali iure prouisum esset, ne proprietas in perpetuum inutilis maneret. l. 3. §. 2. D. de vsufruct. Quapropter eodem ciuili iure infirmatur: veluti capitis minutione. §. primo, Instit. de vsu & habit. l. prima, D. quemadmod. vsusfruct. amitt. DECIMVM exemplum est in OPERIS seruorum: quæ in actu, hoc est, in ministerio eorum consistere dicuntur. l. 1. D. de oper. seru. non enim iuris sunt atque dominij, vt vindicari possint, sed dominus obligatus est eas præstare, atque iccirco personali tantùm actione agi cum eo potest. Serui autem personæ sic cohærent, vt eo mortuo pereant stipulatori. Sed si in decem annos stipulatæ sint, stipulatore ante id tempus mortuo, obligatio vsque ad id tempus ad stipulatoris heredem transeat. l. quæsitum, 37. D. de vsufruct. item vt omnes operæ fabriles, quæ pecuniariter æstimantur. l. 6. l. 9. D. de oper. libert. Iure autem ciuili, hoc est, capitis minutione, non finiuntur. l. 2. D. de oper. lib. l. 2. D. de vsufruct. leg. Per contrarium, vsus serui iuris est: vt superius docuimus. In operis tamen officialibus, quas liberti patronis præstant, alia ratio est. Harum enim hoc proprium est, vt non nisi tanquam à liberto, nec nisi tanquam patrono præstentur. l. 9. D. de oper. libert. Qua de caussa ita personales sunt, vt illius personæ ac status mutationem ferre nō possint: ac proinde siue patronus esse desierit, nimirum capitis deminutione media, siue libertus minima, earum obligatio extinguitur. l. operæ. 9. D. de oper. libert. l. 4. l. siue patronus,

21. D.de iur.patron. l.sed si,10. §.2. D.de in ius vocand.l.libertus,23.l.patroni,39. D.de bon.libert. VNDECIMVM exemplum erit ex venditione, ac proinde etiam ex locatione, conductione, mutuo, eiusdémque generis contractibus. Nam VENDITIO à Iuliano dicitur esse facti magis, quàm iuris, l.7.§.3.D.de cur.fur. Sed huius dicti caussam requiro. Accursius notat facti venditionem esse, hoc est, tutoriæ administrationis, non vllius negotij ab administratione alieni: quod meo iudicio refutatione indignum est. Quærebatur enim, an valeret venditio fundi facta legitimè ab vno ex pluribus furiosi curatoribus? Dubitandi caussa hæc erat, quia iure antiquo, vbi plures curatores erant, cunctorum consensus atque auctoritas requirebatur. l.pen. C.de auct.præst. Sed Iulianus ait, eatenus venditionem valere, quatenus facti est, non iuris: hoc est, simplex factum esse curatoris vendentis, quod ius & dominium rei venditæ pupillo non adimit, nec rem à furioso alienat, non magis, quàm facta cuiusuis alterius alienæ rei venditio. l.rem alienam,29. D.de contrah.empt. vbi cum Vlp. ait venditionem rei alienę esse quidem venditionem, sed rem emptori non auferri: hoc ipsum, quod modò diximus, significat: eiusmodi nempe venditionem, non esse alienationem: quia magis facti est, quàm iuris. Possessionem igitur & vsucapiendi caussam præbere, dominium non transferre. l.Iulianus, 17.in fin. D.de rei vindi. DVODECIMVM exemplum in quo modum huic disputationi impo-
nem

nemus, erit SOLVTIO: quam Iulianus eodem illo loco ſcribit magis eſſe facti, quàm iuris. Sed eadem mente atque ſententia, quam modò expoſuimus. Nam hoc ſi ſimpliciter diceretur, apertè falſum eſſet: cum inter omnes conſtet, ſolutione numorum contineri liberationem, & ciuilem, & naturalem ab obligatione tum naturali, tum ciuili, ídque ipſo iure. l. vlt. C. ad exhib. l. vlt. C. de ſolut. §. 1. Quib. mod. oblig. toll. neque ad ſimplex factum, id eſt, numorum dinumerationem referri, ſed ad debitoris liberationem. l. ſolutionis, 54. l. pen. D. de ſolut. §. 2. De excep. Sed Iulianus in quæſtione ſuperiori ſimillima, An rectè vni ex pluribus furioſi curatorib. ſoluatur, reſpondet, rectè ſolui: quod idem etiam Vlpian. affirmat, in l. quod ſi fortè, 14. §. ſiue autem, D. de ſolut. Verùm Iulianus pręter Vlpianum inſuper aſcribit, magis ad factum, quàm ad ius, & ſoluentis liberationem, eam ſolutionem valere. quomodo? nimirum, vt ſi alter curator à debitore pecuniam eâdem petere inſtituat, exceptione ſubmouebatur, NISI ea ſolutio in vtilitatem pupilli ceſſerit. argum. l. quarta, de exceptio. l. quarta, §. ſi quis pupillo, D. de dol. except. l. non omnis, 19. §. vlt. D. ſi cert. pet. l. quod ſi, 14. §. vlt. l. pupillo, 15. l. in pupillo, 47. D. de ſolutionib. Itaque non incommodè dici poſſe exiſtimarem, acceptilationem vulgarem, in quam obligatio re aut conſenſu contracta deducta eſt, non eſſe iuris, ſed facti: quia non ipſo iure debitorem liberat, ſed per doli, aut pacti exceptionem. l. an inutilis, 8. l. ſi acceptolatum, 19. D.

de acceptil.l.cùm emptor,5.D.de rescind.vendit. sicuti superius diximus pactum de non petendo facti esse,non iuris.sed Aquiliana acceptilatio, quia re & consensu contractas obligationes in verborum obligationem deducit ac nouat, quoniam ipso iure obligationem extinguit,iccircò non dubium est,quin ad iuris caussas referenda sit. l.si ex pluribus,16. D.de acceptilat.l.quarta,D.de transact.

# QVÆSTIO XLII.

## *Qua ratione pœna in vindicando multitudinis delicto temperanda sit.*

HÆc quæstio vulgò à Doctorib. sic effertur, Quomodo vniuersitas ex delicto obligetur. Sed aliud est Vniuersitas,aliud multitudo: nam omnis quidem Vniuersitas est multitudo: veluti populus,curia,collegium, corpus,societas. l. metum,9. §. animaduertendum, D.quòd met.causs.l.1.& pass. D.quod cuiusq; vniuersit. At non omnis multitudo,non omnis cœtus,est vniuersitas: sed is demum,qui iure aliquo continetur. veluti qui vni imperio vnisque legibus paret. qua de caussa M. Tullius in libris de Repub.Populum definit,non omnem cœtum multitudinis, sed cœtum iuris consensu & vtilitatis communione sociatum. quippe,cùm Cœtus dici etiam soleat de concursu, seditione,turba,& quauis alia multitudine, non iure congregata.l.qui cœtus.5.D.de vi publi.l.4. D.de vi priuat. Dupliciter igitur hanc quæstionem tractabimus

bimus: ac priore quidem loco summatim de quouis cœtu & multitudine, posterius autem distinctè de singulis differemus. In vindicando multitudinis delicto triplex fuisse veterum institutum animaduerto. interdum enim sumptum de vniuersis supplicium video, interdum de solis principibus atque auctoribus sceleris: nonnunquam ad minuendam seueritatem sortem adhibitam fuisse. Primi instituti exempla hæc extant. Liuius lib.38. Rhegium quondam in præsidium missa legio interfectis per scelus principibus ciuitatis vrbem opulentam per decem annos tenuit. propter quod facinus tota legio, millia hominum quatuor, in foro Romano securi percussi sunt. quam eandem rem Epit. 15. his tradit verbis: Legio Campana, quæ Rhegium occupauerat, obsessa, deditione facta, securi percussa est. Iul. Front. Stratag. 4. C. Curio Cõsul, inquit, bello quodam circa Dyrrachium, cùm ex quinque legionib. vna seditione facta militiam detrectasset, secuturámque se temeritatem Ducis in expeditionem asperam & insidiosam negasset, quatuor legiones eduxit armatas, & consistere ordinibus detectis armis, velut in acie iussit: posthæc seditiosam legionem inermem procedere, distinctámq; in conspectu armati exercitus stramenta coegit secare: postero autem die, similiter fossam discinctos milites facere: nullísque precibus legionis ab eo impetrari potuit, ne signa eius summitteret, nomémque aboleret: milites autem in supplemẽtum ceterarum legionum distribue-

ret.Sueton.Iulio c.69.Nonam legionem,quanquam adhuc in armis Pompeius esset, totam cum ignominia missam fecit: ægréq; post multas & supplices preces, nec nisi exacta de sontib.pœna,restituit. Idem Augu.c.24. Decimam legionem contumacius parentem cum ignominia totam dimisit. Lamprid.in Alex.Seuer. Sæpe exauctorauit integras legiones hac formula, Quirites discedite,atque arma deponite. Pari ratione Cyziceni, qui seditione facta Romanos ciues interfecerant, itémque Tyrij & Sidonij in seruitutem eiusdem Augusti Imperio subacti sunt:sicuti Dio lib.54.& 57.testatur. sed eius rei exempla non pauca Cæsaris de bell. Gall.commentarij suppeditant. Atque hæ quidem primi,vt dixi,instituti exempla sunt,ex innumeris perpauca:quorum æquissima, vt videtur,ratio hæc afferri potest, quæ his iuris regulis continetur: Quod à pluribus pro indiuiso commissum est, singulos in solidum obligat. l. semper,15.§.2.D.quod vi aut cl. Quæ pœna delictis imposita est,si plures deliquerint,à singulis insolidum debetur.l.item Mela,11. §.2. D.ad leg.Aquil.Quod in partes diuidi non potest,ab omnibus quodammodo factum videtur.l.4.D. de verb. obl. & secundum illas iuris regulas, si plures fures coniunctis operis tignum aliquod grauius sustulerint,singuli in pœnam tenentur. l.vulgaris, 21. §.vlt. D.de furt. l. tres tutores,55. D.de admin.tut.l.1. C.de condict.furt.l.1.§.vlt. D.si is qui test.lib.l.vlt.D.de sicar.pari modo si cuius familia prætoris album corruperit,domi-

nus

nus pro singulis seruis singulas multas exsoluit.l.si familia, 9. D.de iurisd. & similiter si plures serui iniuriam fecerint, tot iniuriæ numerantur, quot eorum personæ fuerint. l.si plures, 33.D.de iniur. Vna tantum & singularis caussa excipitur, ex furto & damno iniuria, ex edicto Si familia furt.fecisſ.dic.& caussa hæc profertur æquissima, ne dominus ob seruorum nequitiam fortunis euertatur: ne in seruorum nequam potestate positum sit, dominum vniuersa sua familia priuare.l.1.D.si famil.furt.fecisſ.

Venio iam ad secundum institutum, vt de solis auctoribus, ac principib. sceleris pœna exigatur. cuius rei exemplum extat insigne in supplicio de Campanis sumpto, apud Liuium lib. 36. Capuam, inquit, à Calibus reditum est. ibi in eos qui capita rerum erant animaduersum. Ita septuaginta Principes Senatus interfecti, trecenti fermè nobiles Campani in carcerem conditi. Et paulò pòst, Seuerè & celeriter in maximè noxios animaduersum. Alterum extat de Soranis apud eundem Liuium lib. 9. Iam Sora capta erat, cùm Consules prima luce aduenere, & quos reliquos fortuna ex nocturna cæde ac fuga fecerat, in deditionem accipiunt. ex his CCXXV. qui omnium consensu destinabantur, & infandæ colonorum cædis & defectionis auctores vinctos Romam deducunt. ceteram multitudinem incolumem præsidio imposito Soræ relinquunt. Omnes qui Romam deducti erant, virgis in foro cæsi ac securi percussi. Tertium extat apud Ciceronem Verr. 3. vbi cum de C.

Verris flagitio, commemorasset, Lampsacenam ciuitatem domum Verris circunsedisse, sarmenta circundedisse, lictorem ipsius Cornelium in turba interfecisse: ita concludit: Tu si te legatum ita Lampsaci tractatum esse Senatum docuisses, vt tui comites vulnerarentur, lictor occideretur, ipse circunsessus pene intercedere, eius autem rei duces & auctores & principes fuisse, quos scribis Themistagoram & Thessalum, quis non commoueretur? Et paulò suprà, Non eos homines qui populum concitarant, Consulum literis euocandos curari oportuit? Quartum proferemus ex Liuij libro 38. Per eosdem dies, inquit, consilium de iis Carthagine erat. (loquitur de seditione militum ad Sucronem exorta) certabatúrque sententiis, vtrum in auctores tantùm seditionis (erant autem hi numero haud plus quàm quinque & triginta) animaduerteretur, an plurium supplicio vindicanda tam fœdi exempli defectio, magis, quàm seditio esset: vicit sententia leuior, vt vnde culpa orta esset, ibi pœna consisteret. ad multitudinem castigationem satis esse. vbi verborum castigationem sine dubio intelligit. Similis alter locus de Rhodiorum supplicio libr. 45. C. Decimi, inquit, moderatior oratio fuit: qui culpam non penes populum, sed penes paucos concitores vulgi esse dixit. Cùm magno assensu auditus esset, non magis eo, quod multitudinis noxam eleuabat, quàm quòd culpam in auctores verterat: decretum igitur extemplo, vt qui pro Perseo aduersus Romanos dixisse quid aut
fec

fecisse conuincerentur, capitis condemnarentur. Atque hæc quidem de secundo instituto: cuius non minor æquitas videtur. præsertim ex his regulis iuris: Peccata suos teneant auctores, nec vlterius progrediatur metus, quàm reperiatur delictum. l. sancimus, 22. C. de pœn. Vnusquisque ex suo admisso pœnæ subiiciatur, nec alieni criminis successor teneatur. l. crimen, 26. D. eod. Vnius factum alteri qui nihil fecit non nocet. l. de pupillo, 5. §. si plurium, D. de nou. op. nun. Ne alieni admissi pœnam luant quos nulla contingit culpa. l. vltim. D. de bon. damnat. Heredis vnius innocentis delictum innocenti alteri fraudi esse non debet. l. vlt. D. de Senat. Sillan. Nullum patris delictum innocenti filio pœnæ est. l. 2. §. 2. D. de Decurion. Et hanc æquitatem secutus D. Ambrosius grauiter & acerbè Theodosium Imp. increpuit, quod cùm in vrbe Thessalonica populus seditione concitata prefectum eius & alios quosdam primarios viros interfecisset: & sceleratum quendam à magistratibus comprehensum eripere conatus esset, armatas aliquot cohortes in ciuitatem immisit, tantámque ciuium cædem fieri iussit, vt septem hominum millia ea carnificina interiisse dicantur. Sed hoc facinus Imperator ab Episcopo suo reprehensus modestè agnouit, ciúsque veniam postulauit. Restat tertium institutum, vt è multis sortitione ducantur, qui ceteris pari terrore ac damnatione affectis soli tamen pœnas luerent. plerunque autem moris fuit, vt decimus quisque sorte ductus supplicio

afficeretur: cuius rei apud Romanos testis est Polyb.lib.histor.6. Tacit.lib.3. & 14.& 17. Plutarch.in Crasso, Appian.Ciuil.2. Dio lib.48. interdum mitior erat sortitio. nam Iul. Capit. in Opilio Macrino scribit eum interdum milites decimasse, interdum etiam centesimasse: idque verbum familiare illi fuisse. Eius autem consilij æquitatem M. Tullius in Cluentiana luculenter his demonstrat verbis: Statuerunt ita maiores nostri, vt si à multis esset flagitium rei militaris admissum, sortitione in quosdam animaduerteretur, vt metus videlicet ad omnes, pœna ad paucos perueniret. nam miles, qui locum non tenuit, qui hostium impetum vímq; pertimuit, potest idem postea & ciuis esse melior, & vir bonus, & ciuis vtilis. quare ne in bello propter hostium metum delinqueret, amplior ei mortis & supplicij metus est à maioribus constitutus. ne autem nimium multi pœnam capitis subirent, iccirçò illa sortitio comparata est. Morem igitur illum etiam quædam aliæ fortasse gentes imitatæ sunt. Liuius lib.2. App. Claudius Consul; inquit, aduocata concione inuectus haud falsò in proditorem exercitum, militaris disciplinæ, desertorum signorum, vbi signa, vbi arma essent, singulos rogitans, inermes milites, signo amisso signiferos, adhoc centuriones duplicarióśque qui reliquerant ordines, virgis cæsos securi percussit. cetera multitudo decimus quisque ad supplicium lecti. His ita constitutis nunc quæstio exoritur, Ecquodnam ex his tribus animaduersionis generib

neribus tenere oporteat. In qua explicanda primum illud ponēdum eſt, quemadmodum multum inter Vniuerſitatem & multitudinem intereſt, ita multum inter ſe illarum delicta, itémque illarum pœnas diſcrepare. ac valde repudianda eſt vulgi opinio, qui putat vniuerſitatem nihil aliud eſſe quàm ſingulos eius homines vnum in locum coactos. ſicuti vniuerſitas gregis, armenti, equitij dicitur ex ſingulis pecudum capitis. l. quid ergo, 70. D. de vſufruct. nam in vniuerſitate, veluti ciuitate, ordine, collegio, ius verſatur. in ſingulis capitibus, factum. qua de cauſſa vniuerſitas magis intellectu conſtat, quàm corporibus & ſenſu. l. mortuo, 22. D. de fideiuſ. vbi municipium, decuria, ſocietas perſonæ vice fungi dicuntur: ſed perſonæ fictæ & imaginariæ. l. 1. D. de liber. vniuer. quia municipium corpus eſt incertum: vt ait Vlp. tit. reg. 22. qua de cauſſa nec conſentire poſſe municipes dicuntur. d. l. 1. D. de libert. vniu. nec poſſidere, l. 1. in fin. D. de acq. poſſ. nec iuſiurandum præſtare. l. municipibus, 97. D. de cond. & demonſt. l. nec igitur heres inſtitui, nec hereditatem adire: vt eodem loco Vlp. ſcribit, & Plinius apertius lib. epiſt. 5. epiſt. 7. directo iure ſcilicet. nam poſtea vtilitatis cauſſa Senatuſconſulto prouiſum eſt, vt id liceret, ac per ſuos Syndicos adirent. l. 2. l. cum ſenatus, 20. D. de reb. dub. l. 1. D. de lib. vniuer. l. hereditatis, 12. C. de hered. inſt. ac proinde etiam iurarent. d. l. municipibus. Municipij ergo & ciuitatis corpus incertum dicitur, quoniam intellectu con-

stat. ac singuli ciues & municipes Certi appellantur, quia sensibus percipiuntur. l.cùm senatus,20.D.de reb.dub.l.ciuitas,27. D.si cert.pet. eiúsque rei vel vnum illud argumentum sufficiet: quod si ius omnium in vnum recideret, tamen vniuersitatis nomen staret. l.7.§.vltim.D. quod cuiusque vniuer. denique Vniuersitas à singulis separatur apertissimè.l.2. D.eod.& l.6. §.1.D.de rer.diuis.d.l.cum senatus,20.D.de reb. dub.sed præsertim in d.l.7.§.1. Quod cuiusque vbi quod ab vniuersis debetur, deberi à singulis negatur. item in l.6. §.2. eodem. l.sed si,10. §.1. D. de in ius voc. vbi & seruus & libertus vniuersitatis negatur esse seruus & libertus singulorum. itaque ex Decurionum delicto vniuersitas non teneri dicitur: sed ipsi Decuriones. l. sed & ex dolo,15.D.de dol.ma.ac pari modo ex delicto magistratus non tenetur ordo Decurionum, quamuis ab eo datus sit. l.1. §. 1. D. de magistr.conuen. Nam vt aliquis ex alterius delicto teneatur, necesse est vt vel mandarit, vel suo nomine commissum ratum habuerit. l. 1. §. quoties.D.de vi & vi arm. Nunc igitur distinctione tripartita vtendum est. nam aut temeritate multitudinis sua sponte & sine magistratuum auctoritate peccatum est, aut à solo magistratu & ordine senatorio, aut coniunctim ab vtrisque. Primo casu, rursus distinguendum est: nam aut non multi delinquentes fuerunt, ac tum regulæ superiori locus est, qua diximus, quod à pluribus pro indiuiso commissum est, singulos in solidum obligare. l. semper. 15. §.2.

D.quod

D.quod vi aut clam.l.vlt.D. de ſicar.l.item Mela.11.§.2. D.ad leg.Aquil. aut ingens fuit delinquentium numerus, quo caſu putarem locum eſſe illi alteri iuris regulæ, vt pœnæ interpretatione potius moliantur, quàm exaſperentur. l. pen. D.de pœn.atque iccirco,vt carnificina vitetur,ſortitionem adhibendam eſſe arbitrarer, hoc eſt decimationem,aut viceſimationem.Cicero proFlacco:Vobis autem eſt confitendum, ſi conſiliis principum veſtrę ciuitates reguntur, non multitudinis temeritate, optimatum conſilio bellum ab iſtis ciuitatibus cum populo Rom.eſſe ſuſceptum: ſin illæ tum motus eſt temeritate imperitorum excitatus, patimini me delicta vulgi à publica cauſſa ſeparare. Quòd ſi ſolius magiſtratus aut etiam ſummi ordinis imperio peccatum eſt, tum eas regulas eſſe ſeruandas,quib. iubemur pœnas intra earum perſonarum numerum coercere, quæ ſolæ deliquerunt: ne videlicet innocentes pro nocentibus pœnas luant: ne culpam temeritatis alienæ alij ſuſtineant: l.6.C.vnde vi. l.neque in interdicto,198.D.de reg. iur.l.vlt.D.de Sena.Silan.l. vlt. D. de bon. damnat. & in hanc ſententiam extat Vlpiani auctoritas in l. 1. D. de magiſtr. conueniend. eiúſque rei æquitas manifeſta eſt, quoniam eo mandato quo Reip. adminiſtratio eis committitur nihil quod contra bonos mores ſit, continetur. l.6. §. rei turpis, l.ſi mandauero,22.§.qui ædem,D.mandat. Neque verò in hoc odioſarum cauſſarum genere locum eſſe iis ſententiis quibus dicitur, referri ad vniuerſas

quod publicè factum est per maiorem partem. l. aliud, 160. D.de reg. iur. vt maiorem partem interpretemur, duas de tribus: veluti octo ex duodecim.l.3.D.de decret.ab ord.fac.l.3.& l.4. D.quod cuiusque vniu.l.nominationum,46.C. de decurion.nam illæ sententiæ ad ea quæ ciuiliter gesta sunt sine dubio pertinent.d.l.1. §.sed si ordo, D.de magist. conuen. quemadmodum dicimus, quod maior pars curiæ effecit, pro eo habetur, ac si omnes egissent. l.quod maior,19. D. ad munici. quod pro voto omnium primoribus indulgetur, vniuersis tribui videtur. l. 6. C.de aduoc. diuers. iudic. Pertinet autem ad hũc locum Deditionis institutum,de quo Varro in lib.de vita populi R.sic scribit:Si cuius legati violati essent,qui id fecissent, quamuis nobiles essent, vt dederentur ciuitati statuerunt. Nempe, ne ciuitas paucorum delicti pœnas lueret. cuius rei exempla sunt apud Liuium, & alios innumerabilia. Sin autem publico consilio & communi totius vniuersitatis consensu peccatum est,tum verò negari non potest,quin ipsa vniuersitas plectenda sit.sed non eo modo quem vulgus putaret,vt de singulis ordine pœna repetatur. quid ergo est? Pœna de vniuersitate sumi dicitur,cum ipsa vniuersitas punitur: quare cum vniuersitas iure constet, vt superius diximus, adhiberi ea pœna poterit, quæ ius illud adimat. veluti si suis legibus,si magistratib. si publico consilio, si immunitatib. & aliis priuilegiis priuetur: si mœnibus oppidum nudetur. quinetiam interdum ciuitas vniuersa delebat

batur, quo casu dicebatur mori, & aratro proscindebatur. l. si vsufructus, 21. D. quibus mod. vsusf. amitt. Cicero Agrar. 1. Tum ipsam veterem Carthaginem vendunt, quam P. Africanus nudatam tectis ac mœnibus siue ad notandam Carthaginensium calamitatem, siue ad testificandam nostram victoriam, siue ad oblatam aliquam religionem, ad æternam hominum memoriam consecrauit. Item in ead. Maiores nostri Capua magistratus, senatum, consilium commune, omnia denique insignia Reip. sustulerunt, neque aliud quidquam, nisi inane nomen Capuæ reliquerunt. Et hoc idem supplicij genus in vrbe Byzantio ab Imper. Seuero vsurpatum Herodian. testatur lib. 3. Xiphil. in Seuero, Zonaras tom. 2.

## QVÆSTIO XLIII.

### *An filius fideicommisso grauatus detrahere duas quartas possit.*

VEtus questio est, de qua quid dici in vtranque partem possit, considerandum est. Primùm ergo illud scire oportet: extare decretum in c. Raynutius, & c. Raynaldus, de testamen. vbi hoc iuris statuitur, vt filius de restituendo grauatus præter suam legitimam detrahere Pegasianum quadrantem possit: decretúmque istud vbique gentium ita comprobatum est, vt Baldus in consil. ccix. Pepus Nicolutij, num. 3. tom. 2. testetur, id toto terrarum orbe & in scholis & in iudiciis obseruari. quod idem scribit

Guid.Pap.quæst.LI.licet doctores numer.I.vbi multorum testimonia enumerat:& præter illos Angel. in l.coheredi, §.cùm filiæ, D.de vulg.& pup. Phil.Dec.cõsil.CCLXIX.cõsil.D.CLXXXVIII. ad confirmationem num. 8. tom. 3. Angel. l.in ratione, §.quod vulgo, D.ad leg.Falc. Philipp. Corn. & Fulgos. in l. quanquam, C. ad legem Falcid. Huius autem sententiæ argumentum (quod nondum à quoquam prolatum esse animaduerti) sumi potest ex l.2.in fin. & l.3.§.item Pomponius,D.ad Trebell.vbi duarum quartarum detractio perspicuè conceditur.cùm enim heres ex quadringentis quibus testatoris patrimonium constabat,trecenta legatariis dare iussus esset, hereditatem verò, alicui restituere: scribitur eum de legatis, septuagintaquinque, quæ illorum quarta est, detracturum: de fideicommisso verò,vigintiquinque. vt facilè appareat, duplicem detractionem, duásque quartas permitti.Secundum argumentnm sumi solet ex eo, quod istæ duæ quartæ vario ac dissimili ex iure promanant. legitima nempe, ex iure naturæ: Trebellianica, ex S.C. eámque ob caussam alteram alteri obesse non oportere. quemadmodum videmus prælegata non imputari in Falcidiam: sed heredem & ea ex testatoris beneficio, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinere.l.in quartam,D.ad leg.Falcid. Tertium ex eo ducitur, quòd legitima detrahitur tanquàm à filio: Trebellianica verò tanquam ab herede scripto. nihil autem absurdi esse,si vnus atque idem duplicem personam sustineat,& ex

dupl

duplici perſona geminum emolumentum conſequatur.l.tutorem,22.D.de his quæ vt indig.l. 1.in fin. D.ſi à parent. Quartum ſuppeditat l. quoties,68. D.ad leg.Falcid. vbi duplex deductio ex duplici deducendi cauſſa conceditur. cùm enim alicui plus eſſet legatum,quàm quantum capere liceret: prius deducenda Falcidia dicitur,tum deinde lex Iulia. Quintum inducitur ex l.quanquam,10.C.ad leg.Falcid. vbi cùm filius de fideicommiſſo mortis ſuę tempore reſtituendo grauatus eſſet,reſpondetur,heredem eius Trebellianicam detracturum. nam ſi filius ſuam iam antè legitimam detraxerat, vt ei ordinario iure licuit: apparet duas quartas vna ex hereditate deductas fuiſſe. Sextum omnium acerrimum ſuppeditat.l.Papinian.8.§.meminiſſe.D.de inof.teſt. vbi Papinianus ſcribit,filium fideicommiſſo grauatum,ſi inofficioſi egerit,& non obtinuerit: id ſolum perdere,quod Falcidiæ iure habiturus erat.vbi Falcidię nomen pro legitima vſurpari conſtat:quemadmodum in §. vnde ſiquis, ead.l.nimirum vt extremum paragraphi cum initio conueniat:Filium inofficioſi damnatum perdere quod ei teſtamento relictum erat: hoc eſt, partem legitimæ. nam ex contrario videmus ita rectè argumentari licere: Si qui quæſtus eſt, nec obtinuit, legitimam amittit: ſequitur vt is qui quæſtus non eſt, ſed contẽtus teſtamento quieuit,eam habeat.quòd ſi & Trebellianicam & legitimam habeat, duas quartas eodem teſtamento retineri.Sed videamus ne & plura & certiora multo afferri con-

traria ex parte possint. Nam primùm omnium Pontificali auctoritati opponitur natura rerum & sensus communis. Assis enim ratio & natura hæc est, vt eius vna aliqua parte nominata, altera necessariò intelligatur. quippe cùm ex eorum numero sit quæ dialectici τὰ πρός τι nominant. Itaque quoties quadrantis detractio nominatur, toties dodrantis reliquatio intelligitur: neque quisquam detrahere quadrantem dicitur, nisi ei soli cui superstes ex asse dodrans relinquitur. quod cùm ita sit, quæro si filius qui iam legitimarium quadrantem detraxit, insuper velit alterum Pegasiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicommissario relinqui possit? Nam Falcidia lex relinqui omnino dodrantem volebat: summámque testandi libertatem lege XII. tabul. constitutam ea in parte deminuebat. l.1. D. ad leg. falcid. vt facilè appareat, non tam quadrantis detrahēdi, quàm dodrantis relinquendi rationem habendam esse. quippe, cùm hæc reliquatio lege XII. tabul. primùm instituta, pòst etiam Falcidia lege confirmata & constabilita sit. Eiusdem modi alterum argumentum est. nam cùm quadrantis detractio sit priuatio, & priuatio pręsupponat habitum, vt vulgus loquitur: hoc est, detractio rem subesse arguat: satis constat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat: hoc est, ab eo cui plus dodrante superat. Quod si filius qui legitimam detraxit, Pegasianum quadrantem petat, quæro an ab eo petat cui plus dodrante superat. Ac nimirum hoc illud est, quod vulgo dicit

dicitur, quartæ detractionem ei demum concedi, qui supra dodrãtem grauatus est. §. sed quia, De fideicom. hered. vbi dicitur, Senatum censuisse, vt ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur heres supra dodrantem grauatus non est, sed ei quadrans hereditatis quoquo iure, siue institutionis, siue præceptionis, deductionis, retentionis, siue legati, siue mortis caussa capionis relictus est: sequitur vt quartam petere non possit. l. in quartam, D. ad leg. Falcid. Itaque cùm heres legitimam adeptus est, satis constat, eum supra dodrantem grauatum non esse: ac proinde petere falcidiæ beneficium non posse. Tertium argumentum ducatur ex aliarum quartarum inductione. nam in reliquis omnibus hoc perpetuò videmus esse iuris, vt vnius adeptio alteram excludat. Cuius rei tria exempla suppeditat. l. Papinianus. D. de inoffic. test. Primum est, in §. quarta autem: vbi filius qui Falcidiam ex legatis adeptus est, ab inofficiosi querela depellitur. Alterum in §. vnde si quis: vbi filius Pegasianam ex fructibus consequutus similiter ab inofficiosi actione excluditur. Tertium in §. si quis impubes: vbi nepos ex filia impubes ab auo arrogatus, & exheredatus, quoniam ex constitutione D. Pij, quartam habet, à querela remouetur. Cui consentaneum est quod traditur in l. prima, §. pen. D. si cui plus quàm. vbi patronus qui in liberti bonis partem habet legitimam, si eam de-

traxit, à Falcidia petenda depellitur. Quartum inducendum est ex Nouell. xxxix. de restitut. & ea quæ par. cuius verba, Iuliano interprete, hæc ferè sunt: Si quis vnum ex liberis heredem instituerit, & rogauerit eum, vt cùm morietur aliis restituat hereditatem: primùm quidem legitimam portionem, nempe trientem, sibi retineat: ceteras autem partes fideicommissario restituat integras. Itaque Barthol. in eum locum scribens, numero 1. Nota, inquit, filium fideicommisso grauatum non posse duas quartas detrahere, sed vnam tantùm. Quintum est ex l. iubemus, 6. C. ad Trebel. vbi Zeno statuit, vt filius portionem suam hereditariam fratri restituere rogatus, retenta ex s. c. beneficio quarta, dodrantem restituat. quo quid apertius dici potuit? Neque nos moueat quod suprà diximus Iustinianum de legitima statuisse. cùm enim eius summam auxisset, & è quadrantaria trientariam fecisset, non dubium est, quin filij iam non amplius Pegasianam, sed legitimam potius petituri sint. Sextum sumitur ex l. quoties, D. de regul. iur. quoties duplici iure defertur alicui successio, repudiato nouo iure superat vetus. non enim duæ caussæ lucratiuæ in eundem hominem & eandem rem concurrunt. §. si res aliena, de legat. l. omnes, 17. l. ex promissione, 19. De obl. & act. & non vt ex pluribus caussis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus caussis idem peti potest. l. non vt ex pluribus, D. de regul. iur. Cum igitur quadrans successionis nomine à lege attribuatur, qui eum semel ex vna caussa

caussa adeptus est, si eundem ex altera caussa petar, doli exceptione vulgata rectè remouebitur. habet enim quod petit. l. 2. D. de doli except. Neque nos moueat, quod Bald. in dicta l. quanquam, & plerique omnes dictitant, legitimam non ex lucratiua caussa deferri, sed quasi naturæ iure deberi, ex textu quem falso nobis obiiciunt, ex l. si quis legatum, 6. §. vlt. D. de fals. sed habebant textum directum in l. 1. C. de impon. lucrat. descript. & l. scimus. 36. §. illud præterea. C. de inoffic. testa. quia, vt maximè illis concedamus legitimam naturæ iure deberi, cùm ex contrario, non quarta, sed solida hereditas liberis debeatur: dicta l. 1. & l. vlt. D. de bon. damnat. tamen non si quid duplici ex caussà debetur, duplici ex caussa solidum peti & obtineri potest. l. tertia, D. de petit. heredit. l. si seruus, 108. §. stichum, D. de leg. 1. Cùm igitur nostri propter huiusmodi argumenta de illius Pontificalis decreti æquitate dubitare cœpissent, vetere suo instituto ad conciliationem sophisticam perfugerunt: vt si filius purè fideicommisso grauatus esset, vna tantùm detractione vteretur: quasi vno eodémque tempore concurrere duplicis quadrantis detractio non possit: vtpote à sensu communi (vt superius diximus) aliena. sin autem in diem, vel sub cōditione, tum legitimam quidem statim detraheret: existente die aut conditione, Pegasianam. Cuius distinctionis non reperio vetustiorem auctorem Azone, qui in summa Nouell. 1. commentum illud tradit; & ei suffragatur gloss. in dicto §. me-

minisse, D. de inoffic. test. & item in l. quanquam, C. ad legem Falcid. & in authent. de hered. & falcid. §. is igitur, vers. siquis verò non implens. Rursus altera gloss. in d. c. Raynutius, vbi hanc dicit esse communem opinionem. Sequuntur Fulgos. & Corneus in d. l. quanquam: vbi vterque ait, Azonis tempore distinctionem illam seruatã fuisse tãquam euangelium. Barth. in d. l. quanquam, C. ad leg. Falcid. & rursus in cons. VI. viso testamento. & consil. XII. si quis instituatur. Philipp. Corn. consil. CXIIII. in hac consultatione. numer. 3. & 4. tom. 4. Barth. Socin. consil. XXXIII. prosequendo ordinem: num. 14. tom. 1. & rursus consil. XXXI. viso testamento. num. 9. tom. 4. & consil. LXXXII. in caussa vertente. num. 3. eodem tom. Petrus de Anchar. consil. XXVII. non seruato. num. 3. Verùm vt, remotis auctoritatibus, rationis momenta paululum exquiramus: velim mihi respondeant, primùm cuius legis auctoritate freti ius istud nouum inducere audeant: cùm toties in ore habeant, erubescendum si quis sine lege loquatur? deinde si rerum natura non ferat (quemadmodum ipsi quoque fatentur) vt quadrantes duo detrahantur, quæro quemadmodum eadem ferre possit, vt distinctis temporibus id fiat? Præterea quid si filius illico post patrem decederet, aut restituere confestim hereditatem vellet, quis vnquam istorum monuit, duos quadrantes isto casu detrahi non posse? Itaque non mirum est Baldum in dicta l. iubemus, C. ad Trebell. scribere, distinctionis istius rationem

nem quidem apparentem esse aliquam, sed nullam existentem: quia iuris ciuilis veritati aduersatur. & Paul. de Castr. in eadem l. distinctionem illam iure ciuili falsam esse. Quinetiam glossa in dicto cap. Raynutius, apertè profitetur, superiorem illam Canonistarum sententiam communi & mente & voce Ciuilistarum repudiatam esse: vbi in ista parte Iacobum de Bellouisu numerat. sed omnium acerrimè Canonistas oppugnat Oldrad. in consi. ccv. prima dubitatio. num. tertio, vbi liberè profitetur, istam de duabus quartis sententiam aduersari rationi, veritati, & expresso iuri. hæc enim illius verba sunt. Fulgosius autem in dicta l. quanquam, C. ad leg. Falc. eam ex falso iuris intellectu processisse: idémque & Cynum & Dinum sensisse. Petrum autem terribiliter in Canonistas insurrexisse. Qua de caussa Philip. Corn. in dicta l. quanquam, ascribit, cùm illa decreta ex malo intellectu iuris ciuilis processerint, illa esse seruanda in illorum foro: at in foro ciuili seruandum esse ius ciuile: idémque & Petro & Dino placuisse. omnium autem copiosissimè Ciuilistarum sententiam contra Canonistas tuetur Alexander in consilio CXLII. circa primam dubitationem. numero 9. tom. 2. vbi dicit hanc partem esse communem: nec illam Canonistarum decisionem ibi seruandam, vbi ius ciuile seruari debet. item in consil. L. circa primam dubitationem. numero 10. 11. 12. tom. 6. vbi ait, naturam quartarum hanc esse, vt altera in alteram imputetur, & profitetur se auctores ha-

bere Dinum,Iacob.But.& Odofred. Quamobrem videndum eſt, quemadmodum ſuperioribus argumentis reſponderi poſſit. Nam quod ad Pontificalem auctoritatem attinet, nos ei & naturam & ſenſum communem oppoſuimus: duarum ſcilicet quartarum detractionem, & ex altera parte dodrantis reliquationem, neque fieri, neque vlla humani animi intelligentia concipi poſſe. Ad primum autem argumentum reſpondendum eſt, duplicem quidem eo loco detractionem eſſe: de legatis ſcilicet, & fideicommiſſo. ſed ſi aſſem hereditarium conſideremus, vnius quadrantis duntaxat. cùm enim quadringenta tantùm in hereditate eſſent, qui ſeptuaginta quinque de trecentis legatis, vigintiquinque rurſus de centum fideicommiſſariis detrahit: non amplius quàm centum (qui aſſis quadrans eſt)detrahit. Ad ſecundum reſpondendum eſt, non duas detractiones eas eſſe:ſed vnicam duntaxat,quod enim prælegati nomine heres capit,non detractionis iure,ſed tanquam ex mero teſtatoris beneficio id accipit. nos autem de duarum detractionum iure quærebamus. Ad tertium reſpondetur,primùm ex d.l. Papinianus,§.ſi impubes.vbi impuberi arrogato duæ quartæ vario & diſſimili ex iure deferebantur: nimirum vna ex conſtitutione D. Pij, altera ex lege Falcidia. & Præterea vnus atque idem duas perſonas ſuſtinebat; arroganti & filij.deinde ex d.l.1.§.penult. D.ſi cui plus quàm. vbi patrono qui ſimiliter & patroni & heredis perſonam ſuſtinebat,vna ex lege Iulia,altera ex lege

lege Falcidia detractio defertur. Sed tamē quia bis idem deberi duplici ex iure non poteſt, vnius quadrantis adeptione ab alterius petitione per doli exceptionem remouetur. Similiter igitur in propoſito, quando ita doctoribus noſtris placet, duas quartas vario & diſſimili iure deferri, optionem earum filium habiturum, vtro iure alterutram velit conſequi: ſed non vtranque tamen conſecutum. l.cùm filius, 76. §. variis, D.de legat.ſec.l.1.§.quia autem. D.quod legat. Atque hæc quidem (vt dixi) reſponderi ſic poſſunt, vt maximè concedamus duas iſtas quartas ex vario & diſſimili iure promanare. Docuimus enim alio loco, tres quartas, & eam ſcilicet quæ de legatis, & eam quæ ex inſtitutione, & eam quæ ex fideicommiſſo detrahitur, vno ex fonte & capite legis Falcidiæ fluxiſſe. qua de cauſſa vnamquamque earum paſſim Falcidiæ nomine promiſcuè appellari. vt in d.l.Papin.§. vnde ſi quis, & §.meminiſſe. Ad quartum autem animaduertendum eſt, in l. quoties, non eſſe duas detractiones, ſed vnam duntaxat: nimirum Falcidiam. quod enim ob legatarij vitium quia ſolidum capere non poterat, cecidit, non id heres ſibi colligit: ſed ſi patrimonij quantitas tuliſſet, ad filium, vt caducum, ex lege Iulia Papia delatum fuiſſet. l.ſi is qui ex bonis, 6. D. de vulg. & pupil.l.ſi quis ſolidum, 72. D.de hered.inſtit. Ad quintum autem iam antè reſponſum eſt ex l. iubemus, C. ad Trebell. antiquo iure, hoc eſt, antè auctam à Iuſtiniano legitimæ quantitatem, liberos fideicommiſſo grauatos

Pegaſianam detraxiſſe, & dodrantem reſtituiſſe: legitimam autem non detraxiſſe. patet etiam ex l. coheredi, §. cùm filiæ, verſicul. quod ſi heredem, D. de vulg. & pupill. Supereſt ſextum, quod omnium acerrimum eſſe diximus. in quo illud intelligi oportet, antiquo iure, hoc eſt ante Expletoriam actionem à Iuſtiniano introductam per l. omnimodo, C. de inoffic. teſtam. filium querela non vtentem nihil planè aliud ex partis hereditate obtinuiſſe, quàm quod ei nominatim relictum ab eo fuerat. quare ſiue filio iſti nihil erat relictum, nihil (omiſſa quidem querela) omnino habiturus erat: ſiue quid ei relictum fuerat, totum ei in Pegaſianam imputabatur: vt ex l. in quartam, D. ad legem Falcid. ſuperius oſtendimus. ac proinde vtrocumque caſu vnicam duntaxat quartam conſequebatur. Atque hoc quidem modo ſuperioribus argumentis abundè ſatisfactum eſſe arbitramur. Quod autem ij qui noſtram hanc ſententiam tuentur, afferre ſolent ex l. filium quem, C. de famil. erciſcund. vbi ſcribitur, filium quod ſupra quartam adeptus eſt reddere compelli: planè extra quæſtionem noſtram eſt. quemadmodum in Iuriſconſulto noſtro, vbi eius interpretationem poſuimus, ſatis dilucidè diximus. Illud verò nullo modo prætermittendum eſt, ſingularem quendam caſum reperiri, quem etiam video animaduerſum à Fulgoſio in dicta l. quanquam, Cod. ad legem Falcidiam. quo caſu duarum quartarum detractio ſumma ex æquitate permitti poteſt. nimirum cùm filiam cui pater

pater dotem legitimæ suæ parem attribuit, heres postea instituta & restituere grauata est. tum enim præter legitimam (in quam imputari dotem constat ex l. quoniam nouella, 29. C. de inoff. test.) æquissimum videtur, vt Pegasiana in reliqua summa restituenda ei permittatur. quippe, cùm id demum in hereditate numeretur, quod mortis tempore in defuncti bonis fuit, neque inter viuos alienatum est. l. sequens quęstio, 68. D. de legatis secundo. Quod enim Zeno constituit, vt dos in legitimam imputetur, vnde quodammodo ad partem hereditatis reuocari videtur: totum istud ex fictione est, quæ contra ordinarij iuris rationem propter querelæ odium inducta est. vt in fin. d. l. quoniam nouella, disertè traditur. dotem enim reuera extra patris hereditatem esse, constat ex l. pater filiam, 14. D. ad legem Falcid. l. à filia, 62. D. ad Trebell. Quod verò contra iuris ordinarij rationem constitutum est, produci ad consequentias non oportet. l. quòd verò. 14. cùm duabus seqq. & l. nulla iuris ratio, D. de legib. Sed iam ad consultationem alteram veniendum est, qua pro corollario quæsitum est: Si tamen filio suæ legitimæ & item Pegasianæ detractio propter receptæ consuetudinis auctoritatem permittenda esset, quotam hereditatis partem ambæ simul ablaturæ essent. nam communi Pragmaticorum consensu receptum est, primùm ex asse hereditario quatuor vncias, trientis legitimarij nomine, detrahendas: tum deinde ex reliquo besse quartam, quæ duæ sunt vnciæ. Ita

vj. vncias filium duarum detractionum nomine ſibi habiturum. ſic enim video hanc rem explicare Bald. Fulgoſ. & Philipp. Corn. in l. quanquam, C. ad leg. Fal. & huius ſuæ ſententiæ rationem hanc afferre, quia cùm fideicommiſſi grauamen cadere in legitimam non poſſit, l. quoniam in prioribus, 32. C. de inoff. teſt. conſentaneum eſſe, vt filius hereditatem reſtituere rogatus, non niſi de beſſe reſtituendo rogatus eſſe videatur. Potuiſſent fortaſſe haud paulo aptius proferre exemplum ex l. quoties, 67. D. ad leg. Falcid. vbi traditur, cùm duæ ſubductiones locum habent, veluti cùm plus alicui legatum eſt, quàm capere poſſit, prius Falcidiam detrahi: tum in reliquo ſecundam ſubductionem admitti. veluti ſi qui centum orbo alicui legauit: heres prius detrahet Falcidiæ nomine, viginti quinque: tum deinde ex reliquis ſeptuaginta quinque, filius dimidiam partem auferet. l. 1. C. de infirm. pen. cœlib. Sed videamus ne ratio iſta conuenire in Pegaſianum quadrantem poſſit. Nam vt de lege Papia prius diſſeramus, cùm illa de dimidia, aut decima, aut alia parte locuta eſt: non de aſſis hereditarij parte locuta eſt: ſed de quauis ſumma teſtamento alicui relicta. Lex autem Falcidia, quam Pegaſianum s. c. ſecundum eſt, nominatim his vtitur verbis: NE MINVS QVARTAM HEREDITATIS PARTEM. vt Pegaſiana quarta non ad aliam vllam ſummam niſi ipſius aſſis ſolidi hereditarij referri poſſit. Quod cùm ita ſit, perſpicuum eſt, Canoniſtas noſtros falſo, perperam, & contra

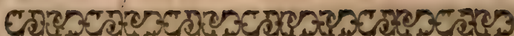
diſer

diserta legis Falcidiæ verba Pegasianum quadrantem ad bessis reliqui rationem referre. vt omittam, quod ne natura quidem patitur quadrantem ad bessem referri.cùm enim quadrans nominatur, non bessis quadrans nimirum, sed assis solidi quadrans intelligitur. ex quo concluditur, si filio isti præter suam legitimam Pegasianæ detractio permittenda esset, ei septem vncias ex asse hereditario eroganda esse. Ad illam autem rationem l. quoniam in prioribus, satis argutè excogitatam, respondendum est: non si legitima priuilegium illud habet, vt fideicommisso grauari non possit, iccircò tamen minus in asse hereditario numerandam esse, & partem eius facere. neque enim conditio illa facit, vt extra hereditatem numeranda sit. Quare cùm legitima partem assis hereditarij faciat, sequitur, vt lex quę de quadrante hereditatis loquitur, de quadrante totius illius summæ solidę & integræ intelligatur. Quod si quis diceret, filium propterea duas tertias, hoc est bessem, detracturum, quia Iustinianus non tantùm eam portionem auxit, quam filius habet vt filius, sed etiam eam quam habet vt scriptus: haud scio, an satis hæc sententia probari possit. nam etsi verum est, Iustinianum auxisse filij legitimam, siue heres scriptus sit, siue non sit: tamen nunquam eam auxit nisi tanquam filio: neque distinxit vtrum scriptus sit, an non sit. denique hoc perspicuè aduersatur Nouel. XXIX. de restit. vbi Iustinianus nominatim loquens de filio herede scripto, & restituere rogato: statuit eum

detracta legitima (quæ iam, inquit, non quarta est, sed tertia) reliqua omnia redditurum. Denique, vt isti perplexæ quæstioni finem imponamus, arbitror de ratione duplicis detractionis ita constituendum esse: vt si quidem vnus filius est, de principio trientem legitimæ suæ nomine detrahat: pòst deinde, quia idem ille triens partem hereditarij assis facit, & in hereditate numeratur, tres insuper vncias, ac proinde septuncem auferat. Quod si Græcorum instituto ad centesimam rationem reuocare hanc disputationem volumus: si quidem vnus sit filius, primum triginta tres aureos & vnius trientem detrahit: deinde Pegasianæ nomine insuper viginti quinque, vt ipse quinquaginta octo cum triente auferat: restituat vnum & quadraginta cum vnius besse. Sinautem duo sint filij, & in bonis sint sexaginta, pater autem suo iure vsus primò suam solam legitimam attribuat, hoc est decem: alteri verò, dodrantem hereditatis, hoc est quinquaginta: tum hic secundus de portione sibi ab intestato contingente, quæ fuit triginta detrahet legitimæ nomine decem: pòst deinde quasi hæc legitima adhuc in hereditate sit, detrahet duodecim & quadrantem duorum. Atque hæc quidem ita se habent. quoniam tamen error iste Canonistarum passim toto ferè terrarum orbe ius fecit: haud scio an consultius facturi simus, si quam minimo nos ab illorum litibus redimamus: & pinguem illam subducendi rationem, de qua superius diximus, placidè sequamur.

App

Appendix. Summa igitur totius disputationis hæc esto. Filius fideicommisso grauatus iure ciuili non plus sua legitima detrahet. l. 8. §. quarta autem, D. de inoff. test. l. 6. C. ad Trebell. Nouell. 39. sed in quibusdam locis, stulto Canonistarum errore iam recepto, duas portiones detrahit. legitimam, iure filij: quæ iure nouo triens est: hoc est, vnciarum quatuor. Nouell. 18. Trebellianam, iure scripti heredis: quæ dicitur esse quadrans bessis reliqui: vt scilicet duarum sit vnciarum. Atqui cùm Imperator non tantùm eam portionem auxerit, quam filius retinet, vt filius, verùm etiam eam quã detrahit vt institutus: necessariò dicendum est, eum duos trientes, hoc est bessem ex asse auferre, conuersa Iustiniani ratione, qui bessem heredi, trientem filio attribuerat. Quid igitur si quinque liberi sint? nimirum ex eadem Nouella duos semisses: reliquum, id est nihil, heredi à Canonistis reseruabitur.



# SEQVITVR DISPVTATIO

## EIVSDEM AVCTORIS CONTRA C. RAYNVTIVS, extrà, de teſtamentis: habita Biturigæ anno 1567. Kal. April.

*Enuntiationes ex d.c. Raynutius.*

I.

*Ex bonis filiæ quæ reſtitutioni obnoxia ſunt, poſſunt & mater & auia paterna ſuas legitimas detrahere.*

II.

*Mater & auia paterna ſpem ſuæ legitimæ in bonis ſuperſtitis filiæ quæ reſtitutioni obnoxia ſunt, vendere extraneo & donare poſſunt.*

III.

*Cùm mater & auia paterna ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iiſdem legitimis ſuam legitimam detrahit.*

IIII.

*Fructus ab heredis fiduciarij ſucceſſore poſt litem conteſtatam percepti, ei in ſuam Pegaſianam imputantur.*

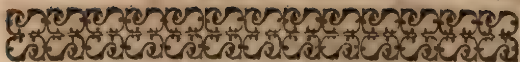
V.

*Cùm auia et mater ſuas legitimas de bonis filiæ reſtitutioni obnoxiis detrahunt, ipſa quoque filia ſibi detrahit: ac proinde tres legitimæ à tribus diuerſis perſonis detrahuntur.*

VI.

*Heres filia de reſtituendo grauata præter legitimam etiam Pegaſianam detrahit.*

ARG



# ARGVMENTVM

## IN D. C. RAYNVTIVS, de testam.

*Heres eius filia, quæ portionem suam hereditariam, cùm morietur, sorori suæ restituere iussa est, legitimam simul & Pegasianam detrahit. Filiæ autem & mater & auia paterna, suas illa superstite speratas legitimas alienare in extraneum possunt: ita tamen vt altera filia fideicommissaria, suam quoque de illis legitimam detrahat.*



Caussæ constitutio hæc est. Raynutius cùm duas filias Alterocham & Adiectam haberet, vtranque heredem instituit: simúlque Adiectam rogauit vt si sine liberis decederet, portionem suam moriens Alterochæ sorori restitueret. Ita Raynutius decedit: vxore Adelasia, & matre Clera superstitibus relictis. Eo mortuo, Adelasia & Clera quæ legitimas suas in Adiectæ portione, si ea sine liberis decederet, sperabant: spem illam Adiectæ marito vendiderunt. Pòst Adiecta sine liberis decedens, Petrucium maritum heredem instituit. Cùm enim & Pegasianam & legitimam detrahere dicatur: necesse est eum heredem institutum intelligi. l. quanquam, 10. C. ad leg. Falcid. Ita fideicommissi dies Alterochę cessit: de qua quęsitum est, quota ei pars illius portionis hereditarię restituen-

da esset. Papa iudex adhibitus statuit, vt primū omnium duæ illæ tertiæ quæ legitimariæ portionis nomine Adelasiæ & Cleræ debebantur, & Petrucio venditæ fuerant, à Petrucio deducerentur: ita tamen vt Alterochæ sua in iis legitima seruaretur. tum deinde, vt idem Petrucius debitam Adiectæ legitimam detraheret, ac postremò, Pegasiani s. c. nomine quadrantem. His detractis, reliquum Alterochæ restitueretur. Quod sanè cuiusmodi sit, coniectura assequi non possum. nam vt, perspicuitatis caussa, ex iuris antiqui ratione, quadrantarias omnes detractiones fingamus: cùm Adelasia tres vncias, Clera item tres detraxerit: pòst Adiectæ legitima tres quoque abstulerit: totidémque ad extremum eiusdem Pegasiana: ecquænam portio Alterochæ restitui poterit? Sed prius noua iura omnia quæ per hanc sententiam constituuntur, consideranda sunt. Sex enim illorum capita licet animaduertere: quorum primum illud est.

*Ex bonis filiæ quæ restitutioni obnoxia sunt, possunt & mater & auia paterna suas tertias detrahere.* Tertia autem, si ad iuris ciuilis rationem spectemus, non alias quàm legitima interpretari possumus, quare huic enunciationi multa perspicuè aduersantur. Nam primùm omnium, vbi mater & auia paterna filio moriente superant, soli matri, vtpote proximæ, secessio defertur: auia exclusa. Nouell. CXVIII. §. 2. Constat autem legitimam, hereditatis ab intestato partem esse. l. parentibus, 8. cum similib. C. de inoff. test.

test.ac proinde, iisdem personis, quibus illa defertur eodémque ordine deferri. Nouell. XVIII. §. 1. & §. 2. Præterea etiamsi & mater & auia simul admitterentur : tamen non singulis, trientes singuli, legitimæ nomine : sed ambab. vnus tantum attribueretur. §. vlt. De inoff. test. Iam verò cùm legitima matri deberi dicitur, de hereditate quæ filiæ propria est, deberi intelligitur : quemadmodum cùm filio deberi dicitur, de patris hereditate intelligitur. Atqui hereditas ista non erat Adiectæ propria, sed Raynutij qui eam per fideicommissum Alterochæ destinauerat: & notum est, hereditates fideicommissarias semper testatoris hereditates dici. l. coheredi. 41. §. qui filiæ, D. de vulg. & pupil. subst. ex quo intelligitur, nihil ex ista hereditate neq; matri, neque auiæ, legitimæ nomine, deberi potuisse. Huc accedit, quòd legitima ei demum conuenit, cui hereditas ab intestato debebatur. hæc autem hæreditaria portio à filia intestatò mortua, neque ad matrem, neque ad auiam peruenire poterat. Patris enim Raynutij testamento Alterochæ destinata fuerat. Eodem pertinet, quòd legitima nulli, nisi institutionis iure, debetur: neque ab alio quàm ab herede instituto peti potest. Nou. CXV. §. 3. Quare cùm neque Adelasia mater, neque Clera auia paterna heredes institutæ essent, neutra earum petere legitimam potuit. Neque ad rem pertinet, quòd legitima de bonis restitutioni obnoxiis, filia mortua, per ipsius heredem detrahitur. Tum enim ipsius filiæ nomine detrahitur : quemad-

modum hac quoque in caussa posterius videbimus constitutum esse, vt detrahatur. Nunc autem mulieres istæ, non filiæ, sed suo ipsarum nomine detrahunt.

Secundum ius nouum, quod hac sententia constituitur, est huiusmodi: *Mater & auia paterna spem suæ legitimæ, in bonis superstitis filiæ, quæ restitutioni obnoxia sunt, vendere extraneo & donare possunt.* Cùm enim Petrucij liberis hæc omnia & eorum tutoribus adiudicentur: perspicuum est, alienationes illas, quæ à matre & auia factæ dicuntur, confirmari. Qua de re ita disputari potest. Primùm, quod isto modo venditio hereditatis viuentis confirmatur: contra l.1. cum similibus, D. de hered. vel act. vend. vbi Vlp. ait propterea id fieri non posse, quia venderetur res quæ nulla est, & in rerum natura non est. quod autem de tota hereditate dicitur, idem de legitima, quæ ipsius pars est, dicendum esse, constat ex vulg. l. quæ de tota, D. de rei vind. Denique pacisci de legitima viuentis non licere, nemo nescit ex l. si quando, 35. 1. D. de inoff. test. l. 1. §. si impubere, D. de collat. præterea isto modo pactum quod mali ominis est, id est, quo liberorum spes extinguitur, confirmatur: contra l. inter stipulantem, 80. §. sacram, D. de verb. obl. nam istius duplicis trientis sperati venditio, non aliter rata esse potest, quàm si Adiecta sine liberis decesserit. Postremò absurdum videtur, quò isto pacto, ius legitimæ, quod certis personis proprium est, & in eas propriè conuenit, tam extraneo ceditur: nimirum

thirum Petrucio, Adiectæ marito: cùm tamen ea quæ certis personis propria sunt, cedi extraneo non possint: quemadmodum de vsufructu traditur in §. finitur, 3. De vsufruct. l.si vsufructus, 66. D.de iur.dot. de fideicommisso verò, in l.mulier, 59.§.ex asse, D.eod.

Tertium ius est hoc: *Cùm mater & auia paterna suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iisdem legitimis suam legitimam detrahit.* Quo iure constitutum video, detractionem ex detractione concedi. nam de matris legitima suam legitimam filia detrahit: quod quam absurdum sit, nemo non videt. nam neque accessionis accessio, neque detractionis detractio vsquam conceditur: vtpote cùm contra naturam sit vt accidens accidentis fingatur. quemadmodum de vsuris vsuratum, aut vsuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. placuit, 29. cum similibus, D.de vsur.& de Falcidia in l.pœnales, §.si Titio, ad leg.Fal. Eodem illud quoque accedit, quòd ista Alterochæ legitima præcisè & peculiariter de legitimis matris eius & auiæ detrahi dicitur. nam si qua detrahenda fuit, non de illis particulis, sed vniuersè de tota illarum hereditate, quæ mortis tempore reperta est, illam deduci oportuit. l. cum quæritur, 6.C.de inoff.test.

Quartum hoc ius est: *Fructus ab heredis fiduciarij successore, post litem contestatam percepti ei in suam Pegasianam imputantur.* Vbi duplex dubitatio exoritur. Primùm enim si fructus ab herede fiduciario quocunque tempore percepti,

ci in ſuam Pegaſianam imputantur, l. in fideicommiſſoria, 28. D. ad Trebell. quanto magis ab eius ſucceſſore percepti & ante & poſt lit. conteſt. imputabuntur? quanquam, quoniam hic caſus eſt de primi gradus liberis, quibus priuilegium à Zenone tributum eſt, vt fructus illis in ſuam quartam non imputentur: l. iubemus, 6. C. ad Trebell. propterea de iis qui Adiecta viuente percepti ſunt, nihil mutamus: ſed eius ſucceſſorem meliore eſſe iure, quàm quo ſunt heredes fiduciarij extranei, nulla ratio eſt. Præterea ſingulare quiddam eſt in hoc controuerſiarum genere: vt locum non habeat quod in hoc iudicio ſpectatum eſt: litis conteſtatione malæ fidei poſſeſſorem effici: ac proinde fructus ab eo poſtea perceptos imputari: l. 2. cum ſimilibus. C. de per. hered. nam quemadmodum traditur in l. ſolidum, 78. D. de leg. ſec. ab ea regula excipiuntur cauſſæ, in quibus Falcidia locum obtinet. idq; perſpicua æquitate. quia poſſeſſor non abſolutè & ſimpliciter reſtitutionem abnegat: ſed cum adiectione, ſi totum reſtitui petitur. non enim tota hereditas debetur, ſed cum detractionibus legitimis. Eóque pertinet l. 3. D. de vſur.

Quintum hoc ius eſt: *Cùm auia & mater ſuas legitimas de bonis filiæ reſtitutioni obnoxiis detrahunt, ipſa quoque filia ſibi detrahit: ac proinde tres legitimæ à tribus diuerſis perſonis detrahuntur.* Quod cuiuſmodi ſit, ex iis quæ in prima enuntiatione dicta ſunt, ſatis intellectum eſt. nam ſiue matri legitima debeatur, de filij heredit

ditate ei deberi intelligitur. siue rursus filio debeatur, de parentis. Vtrique autem de eadem hereditate, & matri, inquam, & filiæ, deberi non potest, propterea quòd in intestatorum hereditatibus liberorum gradus parentes excludit. Nouella, CXVIII. §. primo. Quare cùm pateat hanc Raynutij hereditatem esse, sola filia legitimam ab ea capiet: matrem verò & auiam prorsus excludet.

Sextum ius est: *Heres filia de restituendo grauata, præter legitimam, etiam Pegasianam detrahit.* Quod non modò contra iuris ciuilis rationem, sed etiam contra sensum communem institutum fuisse, superius docuimus. vt non mirum sit, si sententia hæc à iuris ciuilis interpretibus plerisque repudiata sit. Quadrantis enim detractio aduersus eum solum intelligitur, cui dodrans relinquitur. constat autem, vbi legitimarius triens detractus est, bessem solum superesse. Præterea ex s. c. sententia is demum quadrantem retinet, qui supra dodrantem grauatus est. §. sed quia, D. de fideicommiss. hered. quod de filio qui suam legitimam detraxit, dici non potest. Denique planissimè refutatur per Nouellam XXXIX. vbi Barthol. hoc ipsum fatetur: & per l. iubemus, 6. C. ad Trebell. l. quanquam, 10. l. si vt allegas, 11. C. ad leg. Falc. Atque hæc quidem ita se habent. Cùm autem Glossematarius, huius Decretalis interpres, tantam absurditatem animaduerteret, medicinam quæsiuit. Adscripsit enim probabilius sibi videri, duas illas matris & auiæ tertias non ex ciuili,

ſed potiùs ex Langobardico iure detrahi: propterea quòd eo loco vbi earum mentio fit, ita ſcriptum eſt: ILLAS tertias deducendas, de quib. deduci poterant, ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem ciuitatis. Sed videamus, ne ſi ex eo loco argumentari liceat, tertias illas iure Langobardico detrahi: ſimiliter concludi debeat, legitimæ detractionem quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Langobardico iure attributam ei fuiſſe. Vbi enim de illa agitur, ita ſcriptum eſt: Legitimam retinendam de his reb. de quib. ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem ciuitatis fieri conſueuit. Quod quàm abſurdum ſit, nemo non videt. Verùm vt illud omittamus, éſtne veriſimile, tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tuſcaniæ ciuitate receptam eſſe conſuetudinem, vt mater, & vxor patrisfam. duos de ipſius patrimonio trientes auferant: neque ei liceat ſuis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere? nam in iis quidem quæ extant Langobardorum legibus, caput hoc planè contrarium reperio, tit. 3. De vlt. volunt. Si quilibet Langobardus ægrotauerit, poteſtatem habeat diſpenſandi de reb. ſuis quid aut qualiter voluerit: & quod iudicauerit, ſtabile debeat permanere. Eodẽ accedit, quòd ſi qua huiuſmodi conſuetudo in iſta ciuitate valuiſſet, ſuperius in exponenda cauſſa mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfam. diſponere inter liberos poterat, facta ſine dubio fuiſſet: nimirum, Raynutium trientem illum, de quo liberè ſtatuere poterat, ſuis illis filiabus at-

trib

tribuisse. Prętereа locus est apertissimus ex quo intelligi potest, duarum illarum tertiarum detractionem, de sola hereditaria Adiectæ portione petitam esse. Cùm enim Alterocha restitutionem postulasse dicitur, non dubium est, quin eorum tantùm bonorum restitutionem postularit, quæ Adiectæ attributa, & relicta,& fideicommisso destinata à Raynutio fuerant. Atqui postea dicitur, licere Petrucio de illis bonis ab Alterocha postulatis, duas illas matris & auię tertias detrahere.ex quo pespicuum est, eas non de vniuerso Raynutij patrimonio, sed præcisè de hac hereditaria portione Adiectæ attributa detractas fuisse. Verba autem hæc sunt: Coram quo Alterocha bona quondam Raynutij tanquam ex caussa fideicommissi vel substitutionis sibi debita petiit:tutore filiorum ex aduerso dicente, quòd de bonis illis tam tertia Cleræ & tertia Adelasiæ vxori eiusdem, quàm quarta per Trebellianum nomine ipsius Adiectæ erant ante omnia deducendæ.Quibus ex verbis perspicuè intelligitur, tres istas detractiones de iis ipsis bonis sumi,quæ fideicommissi nomine postulabantur: neq; aliunde duas Cleræ & Adelasiæ tertias exigi, nisi vnde Trebellianica petebatur.nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cùm Textus eas coniunctim de certis bonis postulari ostendat: non autem duas ex iure Langobardico, tertiam ex iure ciuili.Sed video quid alicui venire in mentem possit, quod tamen receptæ huius Decretalis interpretationi planè aduersatur.nimirum

tertias illas Lãgobardicas eius donationis cauſſa deberi, quæ in libro de Feudis, Morganatica: in Langobardorum legibus & Germanorum inſtitutis, Morgengeba vocatur: ita tamen, vt Clera de bonis ſui quondam mariti qui Raynutij pater fuerat, ſuam illam Morgengebam poſtulet. Primùm omnium nulla huiuſce rei vel tenuiſſima in textu noſtro facta mentio eſt, deinde Langobardorum legibus Morgengeba diſertè vetatur eſſe quadrante bonorum maior. Edict. Lutprand. titul. 4. præterea quomodo ad hæc verba accommodari iſta interpretatio poterit? Alterocha bona quondam Raynutij tanquam ex cauſſa fideicommiſſi ſibi debita petiit: tutore allegante quòd de bonis illis tam tertia Cleræ, quàm tertia Adelaſiæ, & quarta per Trebellianum Adiectæ nomine erant deducendæ. Nam ſi Morgengebæ illæ fuerant, & alienatæ in extraneum erant, quo iure peti ab Alterocha potuiſſent? deinde quomodo de illis iiſdem bonis detrahi Trebellianica potuit? Ad extremum, quid illud eſt, quod Alterochæ tribui legitima dicitur, de iiſdem illis duabus tertiis delibata? Nam ita omnino ſe res habet: vt ſi maximè commentum iſtud alicui largiamur, tamen abſurdiſſimè ius illud ex eo conſequatur: Cùm vxor & mater iure Langobardico ſuas tertias detrahunt, eáſque inter viuos alienant, tamen filia poteſt ſuam de illis legitimam detrahere. Hoc enim loco ſtatuitur, vt Alterochæ de illis tertiis Petrucio venditis, ſua legitima ſeruetur. Atqui conſtat legitimariam portion

tionem de hereditate tantùm detrahi: quæ verò inter viuos alienata sunt, in hereditate non numerari. l.sequens quæstio,68. D.de leg. sec.Neq; enim,opinor,locum hîc habuit,quod traditur in l.1.l.2. & l.si totas,3. C.de inof. don. & l. si vnquam, C. de reuocand. don. cùm per inofficiosas donationes legitima læsa est, eas vsque ad legitimæ quantitatem rescindi. quia cùm illæ duæ tertiæ confusæ in matris & auiæ patrimonio fuissent: si casus ita tulisset, vt Alterocha suam illarum bonis legitimam postularet, certum est illam legitimam non præcisè, de istis tertiis, sed vniuersè de solido illarum patrimonio detrahendam fuisse. Præterea vbi de inofficiosis donationibus, aut earum recissione, vlla in consultatione, & toto Decretalis contextu vel minima suspicio est? non enim,opinor, iudex huic controuersiæ adhibitus, potuit illas donationes nondum inofficiosi conuictas & damnatas, ita obiter & quasi aliud agens rescindere.Nam quod ad inofficiosę venditionis querelam attinet,vbi vnquam eius audita mentio est? Neque verò plura de Glossatorum interpretatione dicenda sunt,præsertim cùm tota illorum in tertiis deducendis ratio nemini probari possit.nam si ponamus in Raynutij bonis fuisse LIIII. tres autem personas Cleram, Adelasiam, & Adiectam tertias ex iis petere: non sic rationem inibimus,vt Clera de LIIII. detrahat XVIII. pòst Adelasia de reliquis XXXVI. auferat XII. ad extremum Adiecta de hisce XII.quatuor abstrahat.Cùm enim vnicui-

que earum eodem iure, eodémque temporis puncto legitima debeatur: quis non videt, ex eadem quoque summa singulis suam portionem attribuendam? neque Cleram Adelasiæ, aut hanc illi anteferendam esse? sed vnam simul omnibus illis tribus legitimam de toto Raynutij patrimonio attribuendam: quam pariter æquabilitérque inter se partiantur. verbi gratia XVIII. omnibus. quemadmodum ex §. vltim. De inoffic. testamen. superius demonstratum est. Verùm, vt antea diximus, quæsitum emplastrum est, quod ista vlcera non sanaret, sed tegeret. de quo tamen diutius non pugnarim. nam per me quidem pedibus ista trahantur, licet.

---

## QVÆSTIO XXXIIII.

*Quemadmodum ex variis coniunctionum modis ius accrescendi cuique coniuncto competat.*

NVlla toto iure spinosior aut magis perplexa disputatio est, quàm illa de iure accrescendi. nec mirum. fuit enim variis Iurisconsultorum concertationibus mirificè vexata, atque vt Iulianus testatur, agitata, l. si seruo, 31. D. de statulib. deinde quantum ad legati caussam pertinebat, tota in formulis & verborum conceptionibus interpretandis versabatur: quarum aliæ per vindicationem, aliæ per damnationem, aliæ per præceptionem dicebantur: vt testatur Imp. in l. 1. §. C. de cad. toll. Vlp. tit. Regul. 24. & Caius

Caius lib. Inst. 2. tit. De legat. quarum formularum cùm cuiusque diuersissima vis ac significatio veteribus Iurisconsultis videretur, neque tamen illi inter se in earum interpretatione consentirent, ad extremum Tribonianus exortus est, qui formulis illis sublatis tamen quod cuique formulæ ius à Iurisconsultis attributum fuerat, sparsim in Pandectis reliquit, Vt iam peradmodum paucis in locis animaduertere liceat, ad quamnam earum formularum referri quasque Iurisconsultorum interpretationes oporteat. qua de caussa nunquam sum veritus palam hoc dicere, ac liberè profiteri, non modò cunctorum qui hodie viuunt Iuris Professorum, sed ne multorum quidem veterum Iurisconsultorum si hodie reuixissent, ingeniis vllam inter tam discrepantes sententias concordiam conciliari posse. Sed tamen quæ ex tanta caligine tantísque tenebris ad aliquam studiosorum vtilitatem proferri in lucem poterunt, hoc loco commemorabimus. Coniunctio duplex est: vna iuris, altera testamenti. Iuris coniunctio est, quæ ex rei communione inter plures eiusdem rei dominos ipso iure ita inducta est, vt deficientis pars alteri capienti accrescat, veluti, cùm è pluribus eiusdem rei dominis vnus suam partem pro derelicto habet. nam ea pars alteri domino eam occupanti confestim accedit. l. 3. D. pro derelict. vnde vetus illud ius, vt qui è duobus serui dominis illum pro sua parte manumitteret, tacitè illam donare socio intelligeretur, hoc est, vt pars illa

deficiens alteri retinenti accresceret. teste Vlp. tit. reg. 2. Paul. Sent. 4. tit. 12. §. vlt. in fin. Inst. de donat. l. 1. C. de seru. com. manumiss.

Pari modo pars eius fratris qui querela inofficiosi agere destitit, alteri fratri qui in querela perstitit, propter iuris communionem & coniunctionem accrescit. l. si ponas, 23. §. vlt. D. eod. Item cùm patrisfam. intestato mortui hereditas ipso iure primùm ad suos heredes, tum illis deficientibus ad agnatos paris eiusdémve gradus æquabiliter pertineat, si quis vel suorum sua parte abstineret, vel agnatorum suam partem repudiaret, Iurisconsulti propter coniunctionem iuris statuerunt partem abstinentis aut repudiantis reliquis capientibus accrescere. auctore Vlpian. tit. Regul. 22. & tit. 26. & l. 3. §. 3. l. 9. D. de suis & legit. §. vlt. Inst. ad orphit. Paul. Sent. 4. tit. 8. §. vlt. Deinceps de coniunctione testamentaria disserendum est. nam hæc tribus fit modis: re tantùm, re & verbis simul, & verbis duntaxat. l. triplici, 142. D. de verb. obl. l. re coniuncti, 89. D. de legat. 3. Re tantùm fieri coniunctio dicitur, cùm pluribus eadem res separatis enuntiationibus relicta est: veluti, Primo Stichum lego. Secundo Stichum lego. §. si eadem, 8. De leg. nam etsi verbis & enuntiatiotionibus inter se disiuncti sunt, tamen rei communione coniuncti intelligũtur. Verius tamen & crebrius Disiunctio hęc appellatur: propterea quòd Coniunctio & Disiunctio in hoc genere potius ex verbis, quàm ex re æstimatur. d. §. 8. & l. 1. §. his ita, & §. sequ. C. de cad. toll. Re & verbis

con

coniunctio fieri dicitur, cùm & vna res & vna enuntiatione pluribus simul relinquitur. veluti, Primo & Secundo: vel, Primo, cum Secundo: vel Primo Secundóque fundum illum do lego. l.triplici, 142. D.de verb.signific.l.si duobus, 16. §.vlt.D.de legat.1. nam cum & ad eandem rem & vno verborum ambitu sint vocati, non dubium est, quin arctissimè inter se coniuncti sint. quam vocem ARCTISSIME, aut certè parem aliquam, veluti, *Summè*, aut *Præcipuè* desiderari arbitror apud Paulum in d.l. 142. vbi scriptum ita est: Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos & nominum & rei complexus iungit. de quo ne seruulus quidem Pauli calceolarius dubitare potuisset. sed hoc significat, è tribus coniunctionibus illam esse arctissimam: atque iccircò ceteris duabus præferri, ac potiorem esse: vt idem loquitur in l.re coniuncti, 89. D.de legat.3. Verbis autem solis coniunctio fieri dicitur, cùm vna quidem res & vnica enuntiatione pluribus relicta est: sed tamen certis vnicuique partibus assignatis. velut, Primo, & Secundo fundum Tusculanum æquis ex partibus do lego. d.l.89. & apud Vlp. tit. regul.24. Titius & Meuius ex parte dimidia heredes sunto.d.l.142. Etsi enim vnico verborum ambitu comprehensi sunt, tamen propter partes cuique ab initio assignatas vt ipsa separati esse intelliguntur. quia quot partes in legato factæ sunt, tot res numerantur. l.rectè, 25. D.de verb. signif. non secus ac si singulæ res singulis separatim legatæ fuissent. l. huiusmodi, 84. §.pen. D.de legat.1.

Atque huius solius vltimi coniunctionis modi exempla Paulus subiungit, in d.l.triplici: quam longè aliter & legendam, & interpretandam arbitror quàm vt vulgò creditur. Totam enim illam superiorem enuntiationem. *Nec dubium est, &cet.* nota parenthesis includo. vt quod continenter sequitur, *Veluti, Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes sunto:* nequaquam ad illa proxima parēthesi inclusa verba pertineant, sed ad illud vnicum superius ante parenthesim extremum, *Aut verbis tantùm.* Nam hæc exempla, *Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes sunto: Titius Mæuiúsque ex parte dimidia* (sic legendum est) *heredes sunto: Titius cum Mæuio ex parte dimidia heredes sunto:* non duplicis coniunctionis exempla sunt, sed eius duntaxat, quæ fit nudis verbis. neque verè propriéque Coniunctio est. quoniam, vt Celsus disputabat, tum demum propriè testator coniunctim legare dicitur, cùm cuique coniuncto ita solidum attribuit, vt si legatarij concurrant, suam singuli partem ferant: sin alter deficiat, alter totum auferat. l.coniunctim, 80. D.de legat.3. At is qui verbis tantùm coniungit, partes ab initio definit: & qui sibi relictum capiunt semper habuisse suas partes dicantur: hoc est, non tantùm concursu, sed etiam ab initio. l.planè, 34. §.si coniunctim, D.de legat.1. l.re coniuncti 89. D.de leg.3. Sed iam attentius considerandum est, quę cuiusque coniunctionis vis ac potestas sit. In quo multiplex distinctio adhibenda est. nam primum omnium aut hereditatis caussa est, aut legati.

legatì. de quib. Paul. ſeparatim diſputat in d.l. 142.& d.l.89. deinde alia proprietatis cauſſa eſt, alia vſusfructus. tertio cùm de hereditate ambigitur, aut oẽs inſtituti ſunt ex partib. indefinitis aut oẽs ex definitis, aut permixtè. quarto, vel oẽs agnoſcunt, aut quidam non agnoſcunt. quinto, vel primus, vel ſecundus, vel tertius coniungendi modus à teſtatore vſurpatus eſt. De hereditatis cauſſa priore loco diſſeremus. Ergo vbi plures coheredes facti ſunt, ſiquidem omnes agnoſcunt, tum ſi partes definitæ ſunt, ſinguli ſuam partem ferunt. ſin indefinitæ ſunt, æquas partes habent. l. quoties, 9. §. heredes, D. de hered. inſt. quod ſi cuius pars defecerit, qui cum aliis coniunctus eſt, eius pars ſoli coniuncto, eíque inuito, accreſcit. ſi non eſt coniunctus, tum omnibus pro partibus hereditariis accreſcit. l. liber, 59. §. cum quis, l. heredes. 63. l. ſi ita quis, 66. D. de hered. inſtit. l. heredi, 32. l. qui ex duobus, 53. §. 1. l. ſi quis, 55. D. de acq. here. Cuius rei ratio perſpicua eſt: quoniam hereditas natura ſua indiuidua eſt: hereditas ius vniuerſum eſt: neque pro parte acquiri, pro parte repudiari poteſt: neque quiſquam pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus poteſt recedere, niſi fortè miles ſit, cuius iccirco in teſtamento ius accreſcendi non eſt. l. ſi duobus, 37. D. de teſtam. mil. l. filius. 42. §. 1. D. de bon. libert. qui verò ſine parte ſcripti ſunt, neque inter ſe coniuncti habentur, neque inter ipſos ius accreſcendi competit. l. item quod, 17. §. 1. D. eod.

Deinceps de legatis videamus: in quibus ius

antiquum diligenter à Iustinianico separandum est. nam iure antiquo tripartita primum distinctio adhibebatur ex formulis, quemadmodum superius ex Caio & Vlpiano demonstrauimus: tum deinde bipartita, ex coniunctione, vel disiunctione. quarum de vtraque præcepta Vlpianus tradit tit. Regul. 14. itémque Caius lib. Inst. 2. tit. De leg. sed ita, vt ænigmata loqui videantur. Verba illius hæc sunt: *Optimum ius legati per damnationem est.* Quid est optimum ius legatum siue optimum legandi genus? nempe, vt constare inter omnes arbitror, quod plurimum legatario tribuit, quod est ad legatarij vtilitatem accommodatissimum: ac proinde quod heredi plurimum adimit, déque ipsius iure deminuit. Damnatio enim & damnum ab ademptione & quasi deminutione dictum est: ait l. 3. D. de damn. inf. eiúsque rei argumento est l. ciuitatibus, 122. §. 1. D. de legat. 1.

Quod cùm ita sit, quid est quod Vlpianus illo loco sic scribit? *Si per damnationem eadem res duobus legata sit; si quidem coniunctim, singulis partes debentur: & non capientis pars in hereditatem remanet.* Non enim & optimum legati ius est per damnationem, & plurimum heredi relinquit. Quæro præterea, quid sit quod his exponit verbis? *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, siquidem disiunctim, singulis in solidum debetur.* Nam hoc perspicuè falsum est: cum imperator in d. l. 1. §. sin autem, solius hoc per damnationem legati proprium esse affirmet, vt singulis solidum debeatur, hoc est vni

res-

res, alteri pretium : in vindicationis autem legato ſuam tantum cuique partem deberi. *Sin autem*, inquit, *diſiunctim fuerit relictum, ſiquidem omnes hoc accipere voluerint, ſuam quiſque partem pro ciuili portione accipiat & non ſibi blandiatur, vt vnius quidem rem, alij autem ſinguli ſolidam eius rei æſtimationem accipere deſiderent: cum huiuſmodi legatariorum amicitiam antiquitas in vno tantummodo legati genere* (hoc eſt per damnationem) *ſuſceperit: in aliis reſpuendam eſſe exiſtimans*. Quod eodem modo Caius ſupradicto loco ita tradidit: *Vt ſi diſiunctim per legatum damnationis relicta fuerit, ſingulis integra debeatur, id eſt, vt vnus rem ipſam accipiat, alij æſtimationem rei ipſius ab herede percipiant*. At de legato vindicationis quid dixit? *Si per vindicationem*, inquit, *vna res multis* diſiunctim *legata ſit, et ſinguli hanc ipſam rem præſumere velint, æquales ſinguli de re legata capient portiones*. Tametſi tota hæc regula alieniſſimo loco apud Caium poſita, poſt ſuperiorem de damnatione locum reſtituenda eſt : vt cuiuis facile eſt ex ea quam demonſtrare inſtituerat diſtantia cognoſcere. Quinetiam hoc ipſum de damnationis legato paucis interiectis verſibus inculcans: *Præceptionis legatum*, inquit, *etſi coniunctim aut diſiunctim relinquitur, omnibus vna res tantum quæ nomicula eſt, debetur, non vni res, & alij æſtimatio: ſicut in legato damnationis eſt conſtitutum* : id eſt ſicut in legato damnationis obſeruatur. Quid igitur dicemus? Fœdiſſimum ſcilicet apud Vlpianum incogitantia librarij, mēdum irrepſiſſe: & prio-

re loco pro VINDICATIONEM reponendũ DAMNATIONEM: posteriore verò *Damnationem*, pro *Vindicationem*. Id quod planissimè hoc modo demonstrabimus. S*i duobus eadem res per damnationem legata sit*, inquit Vlpianus, *si quidem disiunctim singulis in solidum debetur*. Quòd idem superius & ex Imperatoris & ex Caij verbis apertissimè comprobauimus, tantúmne? imò etiam ex ea regula, quam Vlpianus initio tradiderat, *Optimum legati genus esse, per damnationem*. quomodo? quoniam heredi plurimum adimitur, legatario plurimum tribuitur: quo nihil aut verius, aut ad hanc emendationem aptius dici aut excogitari potest. documentúmque habet apertissimum in l. si plurib. 44. §.1. D. de legat. 2. & l. quid ergo, 53. §. siquis duos, De legat. 1. quinetiam Imperator hoc ipsum ius retinuit, si modò testatoris hoc fuisse consilium apertè intelligatur. *Ne testator* (inquit) *apertissimè & expressim disposuerit, vt vni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur*. in quam sentẽtiam Tribonianus Pauli locum inflexit & contorsit apertissimè in d. l. si plurib. 33. D. de leg. 1. vt facile est iis qui veterum Iurisconsultorum & ipsius stylum internoscunt, animaduertere. nam ceteris, qui Bœotico ingenio sunt: hæc non traduntur. denique Pomponius idem euidenter affirmat in l. qui duos, 13. §. 1. D. de legat. 2. & Iulianus in l. non quocunque, 82. §. qui Caium, D. de legat. 1. itémque Vlpian. in l. si res mihi, 20. D. de leg. 3. item Celsus in l. duos, 14. D. de vsufr. leg. Atq; hæc

hæc quidem de legato damnationis disiuncto satis dicta sint. Sequitur apud Vlpianum: *Si verò coniunctim, velut, Titio et Seio hominem Stichum do lego:* (vbi sine dubio reponendum est DATO: quia modus hic per damnationem concipiendus est) *iure ciuili concursu partes fiebant.* Quam sententiam generaliter ita Celsus exponit: Coniunctim legari, hoc est, totum legatum singulis ab initio datum esse, partes autem concursu fieri. l. coniunctim, 80. D. de legat. 3. quod idem Paulus confirmat in l. si pluribus, 33. l. huiusmodi, 84. §. si Titio, D. de legat. 1. l. si quis. 7. D. de vsufruct. accresc. idémque de legato præceptionis per rei coniunctionem relicto traditur. in l. si fortidianum, 7. C. de legatis, & ratio est æquissima: quia coniuncti vnius loco habentur: ac proinde non plus omnibus præstandum est, quàm quantum vni præstaretur. l. planè, 34. D. de legatis 1. Sequitur apud Vlpianum: *Non concurrente altero, pars eius alteri accrescit.* quæ sententia multis locis confirmatur. & æquissima ratione nititur, quam superius ostendimus. primùm, quia quibus testator coniunctim legat, iis solidum ab initio legare intelligitur. d. l. coniunctim, 80. De leg. 1. deinde, quia coniuncti vnius loco habentur: ac proinde quemadmodum non plus duobus quàm vni debetur, ita vicissim non minus vni quàm duobus debetur. l. si duobus. 16. §. vlt. l. ciuitatibus. 122. §. 1. D. de legat. 1. l. pater. 29. §. 1. l. si duabus, 40. l. mortuo, 49. §. vlt. D. de legat. 2. Hactenus de legato damnationis dicta sint. tametsi ne

hoc quidem omittendum videtur, vbi coniuncti pars iccirco definit, quoniam in eius persona legatum non constitit, nullum accrescendi ius esse. l.si duobus.16. l.planè, 34. §.si coniunctim.D.de legat.1.l.si Titio.7. D.de legat.2.atque ita partem facere, qui tamen ad partem non admittitur. d. §. si coniunctim: & l.huiusmodi.84.§.si Titio,D.de legat.1.

Sequitur, vt de legato vindicationis disseramus. *Si per vindicationem* (sic legendum esse superius diximus,& mox planius intelligetur) *eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim singulis partes debentur.* Quam regulam Caius his confirmat verbis: *Inter legatum vindicationis et damnationis ista similitudo est: quod per legatum vindicationis siue damnationis, si coniunctim (id est, duobus aut pluribus) vna res in legato dimissa fuerit, in vtroque legato simul ab omnibus præsumitur.* Imperator autem æquitatem his ostendit verbis: quia coniuncti propter vnitatem sermonis quasi in vnum corpus redacti sunt. d. l.1. §. hoc ita. sed planius Celsus in d.l. coniunctim,80.D.de legat.3. Quare sequentia videamus: *Et non capientis pars iure ciuili in hereditate remanebat.* Quod certè cuiusmodi sit, assequi coniectura non possum. nam ad damnationis quidem legatum referri non posse superius satis planè satísque copiosè demonstrauimus. De vindicationis quoque legato testimonia extant sole ipsa clariora in l.1.§. sin verò,C. de cad.toll.l.Mæuio.41.D.de leg.2.l.si seruo,31. D.de statulib.l.Titio,34.cum l.sequen.in quib.

de

de hoc ipſo vindicationis legato tractatur, D. ad legem Aquil. l.1.§.penult.& l.ſi quis,7.D.de vſuf.accreſc. Quid igitur ſtatuemus? nempe hoc ipſum, quod iam ab initio monuimus: diſcrepantes inter ſe Iuriſconſultorum hac de re ſententias fuiſſe: & Vlpianum eorum opinionem ſecutum eſſe, qui partem legati per vindicationem deficientis heredi relinquebant: quaſi melior eſſet heredis in hoc genere conditio, quàm in legato damnationis: quòd & heredi plurium adimit, & legatario plurimum tribuit. Quare ſupereſt, vt reliqua Vlpiani verba exponamus. *Quod ſi diſiunctim*, inquit, *ſingulis in ſolidum debetur*, in quo dubitandi cauſſa nulla eſt, quin à reliquis Vlpianus non diſſenſerit: quorum aliquanto ante ſententiam hanc fuiſſe docuimus, vt ſingulis partes ſingulæ deberentur. Nam idem alio loco ſuam ſententiam in eam partem accipi velle oſtẽdit, ſi modò teſtator non communicandi, ſed ſolidi vtriq; legandi conſilium habuerit. l.ſi res mihi,20.D.de leg.3. quam eandem aliorum quoque Iuriſconſultorum mentem fuiſſe Imp. non obſcurè profitetur in d.l.1. §.ſin autem.& in l.ſi pluribus.33.D.de leg.1. His igitur ita conſtitutis, deinceps illud animaduertendum eſt, plurimi referre, vtrum coniuncti omnes vno eodémque modo, an alij vno, alij altero modo coniuncti ſint. nam inter eos omnes qui eodem modo coniuncti ſunt, ius accreſcendi competit æquabiliter, pro portionib. ſcilicet hereditariis. quippe, cum ſolidum illis ab initio tacitè relictum intelligatur. d. l.

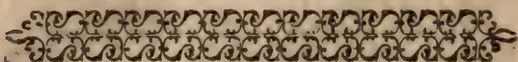
coniunctim,80.D.de leg.3.Inter eos verò quorum alij vno, alij altero modo coniuncti sunt, qui re & verbis coniuncti sunt, iis qui re tantùm coniuncti sunt præferuntur, potiorésque habentur, vt soli deficientis socij partem obtineant, quasi qui coniunctiores sint, & in vnum corpus coacti. d.l.142. Pars autem eius qui re tātùm coniunctus est, deficiens iis pro portionibus hereditariis accrescit. l.lib. 59. §. 3. D.de her.instit.l.Mæuio,41.D.de leg.2.Primus & Secundus heredes sunto. Tertius heres esto. Non fient tres partes æquales. sed Primus & Secundus in vnum semissem cogentur. alter Tertio relinquetur. l.Attius,11. d.l.lib.59.§.Titius, De her.instit.l.7.D.de vsuf.accres. Ergo Primo vel Secundo deficiente quadrans Primi soli Secundo, vel quadrans Secundi soli Primo accrescit. l.heredes,63.D.de her.inst. quod idem de substitutione iuris est.l.coheredi,41.de vulg.subst. Et huc referendum est ius illud accrescendi, quod filiabus aut nepotibus præteritis antiquo iure concedebatur. de quo Imp.§.1. De exher. lib.Vlp.titul.Reg.22. Paul. senten.3. tit.4. vt si plures extranei sint instituti, filia præterita, tamen quasi tacitè instituta in semissem instituta intelligatur. quasi illi re & verbis coniuncti, hæc verbis tantum disiuncta sit. quòd si filij instituti, filia præterita sit, partes illis viriles auferet. quasi propter tantam familiæ vnitatem & re & verbis fratribus coniuncta fuerit.

Reliquum est, vt videamus quid intersit inter ius accrescendi, quod in proprietate, & illud

quod

quod in vſufructu contingit. Primum igitur illud intereſt, quod in proprietate tum demum admittitur, cùm alter non concurrit. In vſufructu, vtroque caſu, ſiue alter non concurrat, ſiue alter concurrere deſierit. l. 1. §. 2. De vſuf. accreſ. Itaque in vſufructu ius accreſcendi propriè veréque dicitur: quoniam pars ſemel alteri quæſita tamen eius morte ad ſocium accedit. in illa autem ius non decreſcendi verius appellatur. nam in proprietate poſteaquam concurſum eſt, ſpes omnis accreſcendi ſublata eſt: at in vſufructu etiam poſteaquam concurſum eſt, & ſocius partem tulit, tamen accreſcendi ſpes eſt. Eius enim morte vſusfructus non vel ad teſtatoris, vel ad ipſius mortui heredem, ſed ad ſocium alterum fructuarium accedit. d. l. 1. §. 2. & Paul. lib. 3. tit. 6. §. cùm coniunctim. Secunda differentia eſt, quod proprietarius ſuam partem non habens ius accreſcendi non habet. l. ſi totam, 83. De acq. hered. fructuarius quamuis ſuam partem non habeat, accreſcendi tamen ius habet. l. ſi Titio, 10. De vſuf. leg. l. ſi Titio. 33. §. vlt. D. de vſuf. vbi ratio hæc profertur: quoniam in proprietate portio accreſcit portioni: ſicut alluuio accedit fundo. at cùm vſusfructus ſit perſonalis, non portioni, ſed perſonæ accreſcit. l. & an eadem, 14. §. 1. D. de except. rei iudic. Tertia differentia eſt, quòd portio proprietatis ſemel acquiſita, & pòſt amiſſa alteri non accreſcit, portio vſusfructus accreſcit. d. l. 1. §. 2. vbi ratio hęc profertur: quia vſusfructus quotidie conſtituitur, & legatur. quippe, qui in quotidiana per-

ceptione consistit. l.1. D.quan.dies leg.ac proprietas eo solo tempore constituitur, quo vindicatur.d.l.1.§.2. Itaque si coniunctim duobus vsusfructus legatus sit, vno mortuo vsusfructus eius non ad proprietarium redibit, sed ad alterum in solidum pertinebit : vt ait Paul. Sent. 3. tit.6. §. cum coniunctim. quod idem Vlpianus de vsufructu seruo communi legato respondit in d.l.1.De vsufr.legat.



# EX AFRICANO,

## LIBRO NONO

## Quæstionum.



FRater à fratre, cùm in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei soluit. quæsitum est, an repetere possit. Respondit, vtique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturum : pro ea verò qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem peruenisset. Naturalem enim obligationem quę fuisset, hoc ipso sublatam videri, quòd peculij partem frater sit consecutus : adeò vt si prælegatum filio eidémque debitori id fuisset, deductio huius debiti à fratre ex eo fieret. ídque maximè consequens esse ei sententiæ, quam Iulianus probaret : si extraneo quid debuisset, & ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiæ

ercisc

ercifcundæ reciperaturum à coheredibus fuiffe, quantum ab his creditor actione de peculio confequi potuiffet. Igitur & fi re integra familiæ ercifcundæ agatur, ita peculium diuidi æquum effe, vt ad quantitatem eius indemnis à coherede præftetur. porrò eum quem aduerfus extraneum defendi oportet, longè magis in eo quod fratri debuiffet, indemnem effe præftandum.



# FRANC. HOTMANNI, I. C.

## IN EANDEM AFRICANI LEGEM vetus renouata difputatio.



Vodeuiginti iam anni funt, cùm in hanc legem fcripfi videri mihi mendum irrepfiffe fœdiffimum: modeftéque (vt mea natura & confuetudo femper tulit) fententiam illam meam expofui. Pòft etiam anno M. D. LXIIII. cùm effem Valentiæ, commentationem eandem retractaui: nouífque aliquot argumentis fententiam illam meam veterem confirmaui. Ac fperabam fore, vt fiquis vir doctus eam emendationem improbare vellet, difputationem fuam eadem qua vfus eram modeftia, literis mandaret: meámque opinionem placidè & fedatè refelleret. non enim de iuris fententiis, tanquam pro aris & focis, vt opinor, dimicamus. Nunc verò ab aliquot amicis fum admonitus, reprehenfionem quidem illius libelli mei nuper editam fuiffe: fed

valde contumeliosam, atque à Iurisconsultorum ratione & instituto planè abhorrentem. Itaque rursus illam Africani legem in manus sumpsi, publicéque nuper interpretari volui: & communicato cum amicis consilio, quoniam mihi visus sum perspicere, verissimam illam meam esse sententiam, tertiam hanc illius legis tractationem diuulgare institui: vt quoniam voluntarius mihi aduersarius exortus est, eruditi viri (quorum iam magna copia est) nostrę huius contentionis arbitros se interponant. Nam ad me certè quod attinet, paratum me profiteor, vbi sententiam meam certis testimoniis conuictam animaduertero, de illa desistere: & eruditorum Iurisconsultorum iudicio stare. in quibus ne Franciscum quidem Roaldum eruditissimum virum recuso: atquę adeò propter singulare animi mei dę ipsius integritate iudicium, huius controuersiæ arbitrum fero: ea tamen lege, vt veteris præcepti meminerit, & cùm arbitri personam susceperit, amici deponat.

Summa autem quæstionis hæc est: An & quatenus quod frater fratri naturaliter debitum post patris mortem dissoluit, tanquam in debitum condicat. Principio propter quæstionis subtilitatem triplex adhibenda pręmunitio est, nam mirum est, eos qui facillimam hanc legem esse scribunt, tamen tres totas paginas in præmunitionibus consumere. Nostrarum igitur hæc prima est, *Inter eos qui eiusdem familiæ sunt naturalis tantùm obligatio contrahitur.* l. a-

ction

ctiones,7.D.de obl.& act. l.4.D.de iudic.l.naturalis,10.D.ad Macedon. Est autem naturalis obligatio,quæ cùm iure ciuili destituatur,naturali æquitate, id est, æqui boníque ratione,sola sustinetur.l.Stichum,95.§.naturalis, D.de solut. l.si quod,64.D.de cond.indeb. Quo loco illud obiter notandum est,quamuis filiifam. ex contractibus cum extraneis factis, non modò naturaliter, verumetiam ciuiliter & obligent, & obligentur: l.filiusfam.39. D.de oblig.& act. l. tam ex contractibus,57.D.de iudic.l.si id quod. 58.§.2.D.pro soc. tamen ipsos inter se naturaliter tantùm obligari. vt paulò post planius intelligetur. Sequitur secunda, *Naturalis obligationis hæc vis est, vt cùm ad retentionem, tum ad compensationem valeat*.l.naturaliter.13.&l.iudex. 28.D.de cond.indeb.l.etiam.6. D.de compens. Sequitur tertia, *Peculium tum profectitium, tum aduentitium, iure ciuili cum hereditate paterna permiscetur*.l.certum,13.C.famil.erci∫c.l.filiæ,12. C. de collat.qua de caussa res in peculium concessa patre mortuo efficitur hereditaria. l.emptor,65.§.1. D.de rei vind. Cuius rei hæc ratio est, quoniam cùm peculium non dicatur nisi eorum qui in aliena potestate sunt, sequitur vt ea potestate perempta peculium perimatur. l. paterfam.182.D.de verb.signif.l.vlt.in fin.C.de inoff.test. sicuti morte filij aut serui,emancipatione filij & manumissione serui peculium esse desinit.l.1.&l.vlt.D.quand.de pec.act.§.1.Quib. non est permiss.§.1.Per quas pers.

Nunc caussæ constitutio videnda est. Duo

fuere filiif. fratres, Primus & Secundus: quorum vterque in peculio centenos habuit aureos. Primus à Secundo quinquaginta mutuatus est. Pòst pater moritur, cui fratres illi æquis ex partibus succedunt. Hi cùm paternam hereditatem inter se ipsi pinguius nullo adhibito arbitro diuisissent (velut in l. cùm putarem. 36. §. vlt. fam. ercis.) Primus datam Secundo fidem seruare voluit, eíque quinquaginta aureos dissoluit. Pinguius autem diuisam inter illos hereditatem iccircò dicimus, quoniam si familiæ erciscundæ adhibitus arbiter fuisset, reputationis & deductionis rationem habuisset. animaduertisset, inquam, & in peculio fratris creditoris, id quod ei naturaliter debebatur, computandum: & ex illo debitoris, quod ipse naturaliter debebat, deducendum. l. quàm Tuberonis, 7. in fin. l. sed si, 9. §. 1. D. de pecul. l. si peculium, 6. §. sicut. l. denique, 8. §. 1. D. de pecul. leg. Cuius rei ratio si habita fuisset, nihil prorsus controuersiæ superfuisset. neque enim tam amens Primus fuisset, vt pecuniam semel solutam, iterum dissolueret. Verùm vt hoc per incuriam & errorem non animaduerterit, parui refert. Illud summè attēdi oportet, cùm permixtum vtriusque filij peculium in paterna hereditate fuisset, vterque autem æquis ex partibus heres extitisset, tum accidisse, vt Primus è peculio Secundi (quod, vt diximus, quinquaginta aureorum erat) vigintiquinque auferret: vicissim autem Secundus è peculio Primi (quod centum fuisse diximus) quinquaginta. Nam (vt iam testati sumus

mus ) nullam quinquaginta aureorum quos Secundus Primo crediderat,duci rationem oportet. quasi apud Primum periissent, neque in eius peculio patre moriente reperti fuissent. Cùm enim Africanus dicat naturalem Primi obligationem post patris mortem mansisse,perspicuum est illam summam in patris hereditate confusam non fuisse. nam si confusa fuisset, Secundus eam percepisset : atque ita sibi vterque centenos suos peculiares aureos recepisset. Hæc igitur cùm ita essent, Primus fidem (vt dixi)seruans quinquaginta aureos fratri dissoluit. Aliquanto pòst de iure ciuili admonitus , quo debitæ inter filiosfam. pecuniæ exactio nulla est, repetere pecuniam illam tanquam indebitè solutam instituit. Quæstio est,an possit. Dubitandi caussa est,vt non posse videatur, defensio Secundi,quoniam naturalis obligatio ad retentionem valet,vt paulò antè diximus : id est,naturale debitum per errorem solutum retineri ab eo cui solutum est, potest : propter æquitatem naturalem.l.hoc iure,29.§.4.D.de donat.l. naturales,10. D.de obl.& act. Contrariam tamen Africanus respondit. Primum videlicet quinquaginta solutos fratri per errorem aureos repetiturum. hac nimirum de caussa , quoniam Secundus eos iam antea ex Primi peculio perceperat. nam ( vt à posteriore primùm ordiamur ) pro qua parte Secundus patri heres extitit,cuius in hereditate confusum Primi peculium fuerat,è Primi peculio quinquaginta aureos abstulerat. Cùm autem obligatio naturalis e-

tiam ad compensationem valeat (vt superius dictum est ex l.6. D. de compens.) æquum esse vt illa quinquaginta ei in solutionem imputentur, & cum eo quod Primus Secundo debuerat compensentur:hoc est, eatenus naturalis obligatio tollatur, quatenus Secundus è Primi peculio consecutus est. Ita disceptatio ex contraria æquitate constat: sicuti videmus in l. si seruus,61.§.quòd verò, D.de furt. æquitatem cum æquitate contendere. Nam quemadmodum Secundus naturali æquitate pugnat, ita Primus eadem se æquitate tuetur. Naturalis autem obligatio sicut æquitate sola contrahitur, ita æquitate sola dissoluitur:id est,iis modis omnib. qui naturali æquitati consentanei sunt. d. l. stichum,95.§.naturalis, D.de solut. Atque hoc nimirum est quod ait Africanus, *Pro ea verò parte qua Secundus frater heres extitit, ita repetiturum Primum, si non minus ex peculio suo ad fratrem Secundum peruenisset*, vbi subaudiendum est, *quàm quantum ei naturaliter debebatur. quod in proposita specie vsuuenit.* Quibus ex verbis duo nobis singulariter notanda sunt: primùm, Eatenus naturalem filij obligationem extingui, quatenus naturalis ipsius creditor ex eius peculio consecutus est. nam id etiam in patre creditore valere, posterius intelligetur ex §. quæsitum: & dilucidè traditur in l.si noxali,11. in fin. prin.D.de pecul. Deinde notandum est, quod suprà diximus, quamuis filiifam. ex contractibus cum extraneis factis etiam ciuiliter obligent & obligentur: tamen inter se nonnisi na-
tur

turaliter obligari: nam si ciuilis post patris mortem mansisset obligatio, dubitandi caussa nulla omnino superfuisset. Verùm hic alia subsequitur quæstio: Quantum igitur Primus sit repetiturus: vtrum integra quæ dissoluit quinquaginta, an eorum partem duntaxat. Hìc illud meminisse oportet, quòd suprà dictum est: quia Primus è Secundi peculio vigintiquinque abstulerat, consentaneum esse, Primum tantundem Secũdo imputare, & cum eo quod nimium soluit, compensare. Quare vt si attentus ad suum negotium Primus fuisset, xxv. tantùm Secundo reddidisset: ita nunc errore admisso, xxv. tantùm repetet: atque ita sua vtrique fratri peculij sui ratio constabit. nam sicuti ante mutuum datum vterque centenos in peculio aureos habuit, ita post mutuum dissolutum tantundem vterque habebit: vt vel Archimedes melius describere non potuerit.

Veniamus iam, ὕστερον πρότερον ὁμηρικῶς, ad prius caput, pro qua parte Primus patri heres extitit. In quo quæro, cum illa superiore ratione commodissimè vtrique satisfactum fuerit, quo iure, Primus præter illos x x v. quos iam repetiit, repetere quicquam amplius possit. Et tamen in vulgatis libris omnibus ita legitur. *Vtique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum.* Quare pristinam meam sententiam retineo quam annis ab hinc x x. diu multúmq; cum eruditissimo viro Ioanne Lautrecio Sangermerio, Senatore Tholosano communicatam, vehementer illi probaram, & ali-

quanto pòst edito libello promulgaram: vt particula NON interponatur: itaque locus restituatur: VTIQVE NON REPETITVRVM. Nam vsitata Iurisconsultorum locutio est Vtique pro Certè. Vt in l.si pro parte, 10. §.2. D.de in rem vers. Sed si non sint promissæ, vtique non debebuntur. Et has duas voces VTIQVE NON plerunque coniungi, testimonio sunt. l.item apud, 15. §.siquis, 27. D.de iniur. l.5.§.2.eod. l.4. D. vi bon.rapt. l.si seruus, 61.§.vlt.D.de furt.l.1.§.dies autem. D.quand.appell.sit. l.1. D. de iur.delib. AT NON VTIQVE idem valet quod Non continuò. vt apud Pomponium in l.cùm plures, 72. D.de euiction. NON vtique alter alterius fundus pars videtur esse. Item, Non vtique prohibebitur emptor venditorem conuenire. Quintil. lib.5. Sol.colorat. non vtique qui est coloratus, à sole est. Quòd si vsitatam scripturam retineremus, duo valde absurda consequerentur. primum, vt Secundus XXV. minus haberet, quàm quantum illi æquitas naturalis peculij sui nomine attribuit. Primus autem XXV. amplius in peculio suo haberet, quàm quantum illi æqui boníque ratio permittit. Etsi enim peculium morte patris extinctum est, tamen in hac tota naturalis obligationis ratione consideranda, quæ inter fratres contracta fuerat, solius æquitatis naturalis ratio habenda est: quippe quæ in iis sola dominatur: vt ait l. si quod, 64. D. de cond.ind.d.l.stichum, 95. §.naturalis, & l.si noxali, 11. D.de pecul. Alterum absurdum ac propè flagitiosum ita licebit animaduertere. ponam

namus Primum nihil in peculio habuiſſe. Secundum illi quinquaginta credidiſſe. Poſt patris mortem Secundus è Primi peculio nihil auferet: ac proinde nulla ex parte naturalis obligatio tolletur. Qua fronte igitur Primus hoc caſu repetere quicquam auderet? Denique vt noſtram cauſſæ conſtitutionem retineamus, & ponamus Primum in peculio centum habuiſſe. quo iure audebit, quod bona fide ſibi creditum bona fide perſoluerit, repetere? præſertim pro parte qua patri heres extitit. Nam illo reſpectu qua tandem in parte compenſatio induci poterit? Sed ad reliquam Africani diſputationem pergamus. Nam vbi eam κατὰ πόδα expoſuerimus, tum vnde vulgaris error natus ſit, aperiemus, & ſimul cuiuſmodi aduerſariorum obiectiones ſint, conſiderabimus.

Seq. verſiculus, *Adeò vt ſi*, &c. vbi hæc quæſtio proponitur: Ex peculio fratri à patre prælegato an alter frater quod ſibi debebatur deducat. Primus in peculio c. habuit. Idem Secundo xx. debebat. Pater moriens Primo debitori Secundi ſuum peculium prælegauit: velut in l. ſi peculium, 20. & paſſ. D. de pec. legat. Patre mortuo quæritur, an Secundus creditor xx. ſibi debita deducere de Primi debitoris peculio poſſit. Dubitandi cauſſa eſt, quoniam peculium morte patris interit: vt ſuprà dictum eſt. quinetiam vt non extingueretur, tamen Primo totum prælegatum eſt. Contrà tamen Africanus reſpondet: quoniam etſi morte patris peculium extinguitur, tamen naturalis obligatio peculia-

ris patriæ poteſtatis interitu non extinguitur: ſed poſt patris mortem durat: ſicuti de emancipatione traditur in l.eas,8.D.de cap.min.neq; enim iuris ciuilis argutiis obligatio naturalis labefactatur: ſed naturali æquitate, id eſt,boni æquíque ratione, ſubſtinetur. d.l.8. & d. l.ſtichum, & naturalem. l.non amplius,84. §.1. De regul.iur. Quorſum igitur hæc diſputatio? non vſquequaque certè ad ſuperiorem quęſtionem: ſed tamen vt ex ea intelligitur, primùm naturalem obligationem per patris mortem non extingui,quod ad ſuperiorem quęſtionem pertinet: deinde illud ſubaudiendum eſt,quod hic non exprimitur, Si Secundus è Primi peculio partem abſtuliſſet (quemadmodum in caſu ſuperiore vſuuenit) tum nihil eum deducturum fuiſſe: quoniam naturalis obligatio pro qua parte peculium participaſſet, ſublata fuiſſet. Quod autem video eſſe,qui verba illa FILIO EIDEMQVE DEBITORI, ſic interpretantur: *De filio loquitur, cui alter filius mutuam pecuniam dedit: & cuius filius dicitur, eiuſdem debitor dicitur:* hoc cuiuſmodi ſit ſatis intelligere non poſſum. Nam debitorem filium alterius filij creditoris reſpectu appellari, quis non videt? præſertim cùm modò dixerit, naturalem obligationem manere inter fratres poſt patris mortem. nam ſi obligatio eſt, certè alterum debitorem, alterum creditorem eſſe oportet. l.fideiuſſor,16. §. 2. D.de fideiuſſ.Quinetiam hoc ex loco perſpicuum eſt,naturalem fratrum obligationem neque patris morte perimi,neq; hereditatis ipſius immix

immixtione confundi. nam si nulla obligatio superfuisset, vnde deducendi facultas competiisset?

Seq.versic.*Idque maximè*,&c. Qui versiculus non ad proximam, sed ad superiorem quæstionem referendus est. Quod dictum est,inquit,de participatione peculij,quæ perimendæ obligationis vim obtinet, consequens (id est, consentaneum)est Iuliani sententiæ:vt si filiusfam.aliquid extraneo debeat,&post patris mortem extraneus non aduersus singulos coheredes pro rata percepti peculij egerit, sed totum ab ipso filio exegerit, tum vt filius iudicio familiæ erciscundæ tantum à coheredibus recuperet, quantum ab iis creditor actione de peculio consequi potuisset.l.his consequenter,18. §.si filius,D.famil.erciscund. Quæstio igitur erat:An filius à quo creditor extraneus debitum integrum post patris mortem exegerat, pecuniam à coheredibus pro rata recuperet. Dubitandi caussa est,quia peculium morte patris interit.Cõtrarium tamen respondetur:quia quamuis peculij nomen interierit, tamen coheredes qui è filij peculio partem adepti sunt, ex bono & æquo ipsi obligati sunt. Qua ex re quorsum hæc sententia pertineat,intelligitur. nam si coheredes filio ex ipsius peculij participatione etiam ciuiliter obligantur: multo magis obligatio Primi, præsertim naturalis tantùm, ob partem peculij à Secundo perceptam extincta fuerit. quemadmodum dici solet, multo faciliùs liberationem,quàm obligationem contingere.

l.Arrianus,47.D.de obl. & act.

Seq. versic. *Igitur si re*,&c. Hoc cum ita sit (inquit Africanus) si re integra, id est, priùs quàm filius debitor extraneo creditori satisfecerit, familiæ erciscundæ inter coheredes agatur, ita peculium fratris diuidi inter coheredes fratres æquum est, vt is qui fratris peculium communicari vult, caueat se indemnem illum præstiturum, vsque ad quantitatem eius partis, quam è peculio percepturus est. l.si à pluribus, 107.D.de leg.1. Quare quæstio hæc fuit: An is cuius peculium coheredes participant, ab iis vt se indemnem creditori suo pro rata participationis præstent, petere possit.

Seq.in textu: *Porrò eum quem*,&c. Argumentum est ex minoris comparatione: Si qui peculium fratris participat aduersus extraneum indemnem illum præstare debet, vt frater pro rata suum peculium recuperet: multo magis aduersus seipsum, & præsertim re integra, id facere cogitur. arg. l. qui negotia, 31. D.mandat. l. cùm hereditas, 59.D.de admin.tut.l.cùm in eo, 44.D.de pact.

Seq.§. *Quæsitum est*,&c.vbi quæstio hæc proponitur: An quod naturaliter debitum filius emancipatus patri dissoluit, repetere possit. Dubitandi caussa peruulgata est, quoniam regulariter indebita per errorem soluta condictione indebiti repetuntur. l.1.& pass. D.de cond.ind. Contrarium tamen respondetur, Adhiberi distinctionem oportere: Vtrúmne pater aliquid ex peculio retinuerit, ánnon. Siquid retinuit,

iam

iam suprà demonstratum esse, naturalem obligationem eatenus extingui, quatenus creditor ex debitoris peculio consecutus est. Idémque perspicuè traditur in l.si noxali,11.D.de pec. vbi si filiusfam. à debitore paterno aliquid exegit,& pater id de peculio deducit,filiusfam.naturali obligatione liberatur. Est autem,inquit, natura æquum liberari filium obligatione:propterea quod pater de peculio deducens, videtur in illud exegisse. Si autem nihil pater retinuit, nihil repetiturum: quoniam naturalis obligatio per emancipationem non tollitur. d.l. 8. D. de cap. min. non magis quàm per manumissionem. l.serui,14.D.de obl.& act.l.naturaliter,13. l.si quod,64.D.de cond.indeb. quippe; cùm vt ciuilia ciuilibus tantùm, ita naturalia naturalibus tantùm modis dissoluuntur,d.l.8.& §.vlt.De leg.agn.tut.

Seq. in textu, *Nam manere naturalem*, &c. Probat naturalem inter filium & patrem obligationem etiam post emancipationem manere: nisi quid ex peculio apud patrem remanserit. quoniam siquid filiusfam. extraneo debuisset, & cùm filiusfam. emancipatus esset, extraneus aduersus patrem actionem de peculio intendisset,pater quod sibi filius debuisset,deduceret. quoniam etsi patriæ potestatis interitu peculium interit, tamen contrahendæ obligationis tempus inspicitur.l.vlt.D.de stip.ser.l.id quod,19.§.vlt.D.de pecun.const.

Seq.versic.*Contrà si pater*,&c. Quæstio est, An quod pater naturaliter filio debitum eidem

emancipato ſoluit,repetat. Dubitandi & reſpondendi cauſſa eadem eſt quæ in caſu ſuperiore:quo magis illa ſententia confirmatur,naturalem obligationem ſublata patria poteſtate neque ex patris, neque ex filij parte interire. d. l.8.D.de cap.min.

Seq.verſic.*Nam hîc quoque*,&c. Cuius quæſtio eſt,An extraneo intra annum agente patris debitum in peculio computetur. Filius peculium habebat LXXX.aureorum. Pater ei XX.debebat. Idem ille filius extraneo centum debebat.Cùm emancipatus à patre fuiſſet,quæſitum eſt, an extraneus petere à patre centum integra poſſit. Dubitandi cauſſa eſt,quoniam pater ſupra vires & ſummam peculij non tenetur. §. actiones, & §.ſunt præterea,34. Inſt.de act. contrarium tamen reſpondetur,quia quæ pater naturaliter filio debuit, in eius peculio numerantur.leg.7.§.3.D.de pecul.

Upereſt verſic.*Eadémque erunt*,&c. Cuius hæc quæſtio eſt, An quod extraneus heres filio naturaliter à patre debitum eidem exheredato diſſoluit,repetere ab ipſo poſſit.Pater qui x.filiofam.debebat,illo exheredato extraneum inſtituit.Hic filio decem illa diſſoluit.quęritur an repetere poſſit. Dubitandi cauſſa eſt,quoniam actione nulla cogi ab illo filio poterat:ac proin de ſoluiſſe indebitum videbatur. Contrarium tamen reſpondetur : primum,quia naturalis obligatio vt per emancipationem, ſic neque per exheredationem extinguitur. l. 3. §. ſed vtrum, D.de minoribus. deinde, quia heres ille extraneus

neus participatione peculij naturalem patris obligationem in se suscepit.

RESTAT, vt quibus ex fontibus peruulgatus error natus sit, demonstremus. nam cùm in l. placet,79. D.de acq.hered. scriptum esset, hereditatem filio quæsitam, confestim patri acquiri: Accursius & eum secuti Doctores omnes ratiocinati sunt, non modò ciuilem, verumetiam naturalem obligationem patri quoque acquiri. cùm autem Primus patri heres extiterit, aditione hereditatis creditoris confusam obligationem extingui. l. Stichum,95. §. aditio, D. de solut. Hæc ego (pace doctorum hominum dictum sit) valde ab hoc proposito nostro aliena esse arbitror. Fieri potest vt fallar: & quemadmodum errare humanæ imbecillitatis adiunctum est: ita nimium opinioni suæ confidere,& petulanter alios lacessere, superbiæ, stultitiæ,& temeritatis. Sed Iurisconsulti officium est in rem scribere, non in personam. Itaque quantumuis contumeliosè lacessitus, modestè tamen vt potero respondebo. Primùm quòd dicitur ius filio quæsitum patri acquiri: totum ex iuris ciuilis fictionibus, argutiis & subtilitatibus manauit: quibus personæ omnes quæ eiusdem familiæ sunt, pro vna numerantur. l. si quis,56. §.1. D.de fideiuss. l. si Pamphilo,10. D. de opt. leg. quibus filij, qui libertinus effectus est, mater esse desinit. l.2. D.ad Tertyll. quibus filius post emancipationem, extraneus: seruus post manumissionem, alius homo numeratur. §. tertio, de hered.qual. l. seruus,27. D.de admin.

leg.l.qui res suas,98.§.vltim.D.de solut. At in obligationibus naturalibus nudum & simplex factum (quod à fictione abhorret) consideratur.l.nec seruus,41. D.de pecul.adeò vt ne ciuilis quidem liberatio naturalem obligationem extinguat.l.Iulianus,60.D.de cond.indeb. Denique iure naturali omnes homines pares & æquales habentur. l.quòd attinet, D. de regul. iur. Quare cùm hîc de naturali iure & naturalibus obligationibus agatur, consentaneum est, eas naturaliter considerari, neque iuris ciuilis fictionibus locum permitti. l.si quod,64. D.de cond. ind. vt is demum qui credidit, naturaliter creditor: qui mutuatus est, naturaliter debitor numeretur. In eámque sententiam Seneca lib.de Benef.5. Etsi filius meus,inquit,pecuniam mutuam sumpserit, creditori numerabo. nec tamen ego debuero. Dico me tibi obligatum pro filio: non quia sum, sed quia volo me offerre tibi debitorem voluntarium. Denique huius rei euidens argumentum est,quòd etsi filiusfam. ciuiliter possidere negetur, l.filius, 93. D.de acq.poss.& quæ peculiari nomine apprehendit, confestim à patre possideantur: l.4.D. eod.tamen,si naturale ius spectemus,filiusfam. possidet: neque illa naturalis possessio patri acquiritur.l.per seruum,37. l.quòd seruus,24. & l. possessio,49.§.1.de acq. possess. Ex quo perspicuum est, vbi de naturali iure tractatur, locum fictionibus ciuilibus non permitti. quod idem patet etiam ex l.heres,21.§.2.D.de fideiusso.vbi seruus naturaliter obligatus, si manumissus in

natur

naturalem obligationem suam fideiubeat, nihil agere dicitur. quoniam intelligi non potest, vt quis pro se fideiubeat. cùm tamen si ciuilem fictionem spectaremus, iam non idem homo, sed alius dicendus esset. dicta l. seruus. De adim. leg. Quod cùm ita sit, in illa nobili disputatione Pomponij l. 1. D. de resc. vend. An pacto solius patris vēditio à filiof. facta resoluatur: vbi Pomponius contra Celsum affirmat filium quoque obiter liberari: statuendum putarem, liberari quidem filium, sed ciuiliter tantùm, naturaliter autem obligatum manere. Similiter in l. siquis pro eo, 56. §. 1. D. de fideiuss. quod dicitur cùm filius à patre stipulatur, nec fideiussorem acceptum teneri: quia non potest pro eodem & eidem esse obligatus: non dubitarem, quin de ciuili obligatione accipiendum esset, non autem de naturali: in quam etiam fideiussor acceptus obligatur; l. 7. D. eod. eiúsque rei argumentum præbet l. planè, 12. cum l. præcedenti, D. eod. Secundum argumentum est, quòd si obligatio filij creditoris patri acquireretur, eadem fictione simul etiam obligatio filij debitoris ad illum pertineret, partim propter regulam l. secūdum, 10. de reg. iur. & l. vsuf. 9. §. 1. D. de vsuf. l. neque, 13. D. de impens. in res dot. partim etiam propter naturam relatorum. quod ab exemplis intelligetur. nam si frater societatem cum fratre contrahens patrem facit socium: etiam alter frater eundem suum patrem socium faciet. Item, si frater locans fratri, patrem facit locatorem, alter frater conducens, patrem quoque

conductorem faciet. Denique in obligationibus contractis cum extraneis, hoc perſpicuum eſt. Nam vt ex credito filij pater creditor efficitur: ſic ex debito efficitur debitor. l. ſi filius, 21. D. de damn. infe. l. mandati, 46. D. de negot. geſt. At hoc in ipſorum filiorum f. contractibus inter ipſos factis, abſurdum eſt. Nam iſto modo pater vnius eiuſdémque rei nomine ſimul & debitor & creditor exiſteret. quod neque rerum natura, neque ciuilis ratio patitur. l. heres, 21. §. quòd ſi ſtipulator, D. de fideiuſſ. l. ſi id quod, 21. D. de lib. leg. Qua de cauſſa confuſio hæc appellatur. d. l. Stichum, 95. §. aditio, D. de ſolut. Neque obſtat quod modò diximus, patrem ex filij cum extraneo contractu poſſe, & creditorem & debitorem eſſe: id eſt, tum agere, tum conueniri actione de peculio poſſe. Nam id verum eſt diuerſorum nominum & obligationum & ſummarum reſpectu. At in caſu noſtro de vnico nomine & eadem ſumma quærebatur: cuius ſecundus eſt creditor, Primus debitor: quæ contrariæ qualitates cadere ſimul in vnum eundémque non poſſunt. Idque argumentum valere volumus ad obiectionem, qua vteretur fortaſſe quiſpiam: per ſubiectas perſonas meliorem fieri conditionem noſtram poſſe, deteriorem non poſſe. l. melior, 133. D. de regul. iur. l. 3. in fin. Quod quiſque iur. nam cùm pater filio peculij adminiſtrationem permiſit, ex ipſius perſona efficaciter æquè & obligatur & obligat. l. ſi pater, 12. D. quæ in fraud. cred. vbi filij creditores etiam patris ipſius creditores eſſe

dic

dicuntur. adeò vt ipſa mater cui filius debet, patrem ipſius filij maritum ſuum obligatum & debitorem habeat.l.ſi prædia,58.§.2.D.de don. inter vir. & vxor. Tertium argumentum eſt, quòd ſi quæſita filio naturalis obligatio patri quæreretur, pater ipſe obligari nunquam poſſet. alioqui ſibimetipſi obligatus videretur: contra l.cum filio,11.De legat.1. Paſſim autem traditur atque etiam hac ipſa lege, in §. quæſitum,confirmatur, patrem filio debere, & obligatum eſſe, adeò vt illa patris obligatio, etiam poſt emancipationem duret. Sed huic argumento video eſſe qui ſic reſpondeant, *Imò acquiritur ipſo iure:ſed quandiu pater ea acquiſitione non vtitur, id eſt, quandiu peculium manet apud filium,non intelligitur ei acquiſita.* Quid audio? Patrem tandiu filio naturaliter non obligari, quandiu peculium apud filium eſſe ſinit: pòſt verò naturaliter obligatum eſſe? hoc verò nimium perquam abſurdum eſt.cùm Vlpian.in l.ſexta,§.ſicut, D.de pec.legat. tam apertè ſcribat,id quod dominus ſeruo debet ſerui peculium augere.item in l.7.§.tertio,D.de pecul.Sed & id,inquit,quod dominus ſibi debet, in peculium habebit. Naturaliter ergo & pater filio & filius patri, & fratres ipſi inter ſe, manente peculio obligantur: contractáque naturalis illa obligatio ſublata poteſtate patria permanet: quamuis peculium interierit. l.1.§.2. & l.vlt. D. quod cum eo.Deinceps altera obiectio videnda eſt.nã hîc occurritur ab amico noſtro,quem minimè ſuperbia decuit. Obiicit l.ſed ſi,9.§.1.

D. de pecul. vbi tamen non animaduertit desiderari vocem FRVSTRA, aut eiusmodi quampiam: vt sit, Huic definitioni frustra Seruius adiecit, cùm ita dicitur, peculium olim definitum esse, deducto eo quod domino debetur: cui definitioni, Seruius summus definiendi artifex, & peritus Dialecticus, adiecit: *Etsi quid iis debeatur, qui in eiusdem potestate sunt.* Sed hoc quoque, inquit Vlpian. domino deberi, nemo ambigit: quasi superuacanea Seruij adiectio fuerit. Primùm si pro Seruio disputare cum Vlpiano fas est, quæro vtrum naturaliter debitum istud æstimetur, an ciuiliter? Si naturaliter, perspicuè id falsum est. natura enim seruilem conditionem non agnoscit. l. quòd attinet. D. de reg. iur. Itaq; illo iure tam debet dominus seruo, quàm hic illi. Sin autem ciuiliter, multo absurdius. nam ciuiliter debitum inter seruos & dominos non dicitur. l. nec serui, 41. D. de pecul. l. fideiussor, 16. §. fideiussor, D. de fideiuss. Itaque mirum est Vlp. ipsum in l. sexta. D. de pecul. leg. hanc Seruij adiectionem seruasse: *Siquidem*, inquit, *nihil sit, quod seruus domino, vel conseruis liberísve domini debeat.* Sic Imperator, vel Caius potiùs, in §. cùm autem, 5. Quod cum eo qui in al. *Cùm autem quæritur*, inquit, *quantum in peculio sit, antè deducitur, quicquid seruus domino, eíve qui in potestate eius sit debet*, &c. Quid ergo est? necesse est videlicet, quod Vlpian. scribit, ea quæ seruo à conseruo debentur, domino deberi: non de naturali iure intelligi, ac ne de ciuili quidem propriè, verùm abusiuè & impropriissimè

simè:vt non reipsa domino debeantur,sed vi ac potestate:quoniam serui peculium domini nutu propemodum extinguitur, nam simulátque non vult peculium serui esse, desinit peculium esse : ait Paulus in l.non statim, 8. D. de pecul. Quid verò si etiam quis, id quod ibi Vlpian.de conseruis scribit,ad filiosfam.pertinere neget? cùm inter ius peculij serui & filiif. plurimùm interesse constet. vt l.serui,14. & l. filius,39. D. de oblig. & act.& l.3.§.vlt. D.de minorib. nam si quodcunqne filius fratri suo debet, simul patri debet, quid est quod idem Vlp. ait in l.5. §. Pomponius, D.de minor. & in l.si statu libera, 6. §. si filius, D. de statu lib. mortuo filio (puta creditore fratris) patrem eius quasi heredem esse? Etenim si quasi heres est, nunc demum creditor esse incipit.at viuente filio creditore,non fuit. Quare de illa noua Vlpiani sententia sic habendum est:quandiu duo filij aut conserui in eiusdem potestate manent, tandiu illorum inter se obligationem ad patrem aut dominum non pertinere:sed cùm naturales sint,naturaliter æstimandas esse. At verò alterutro mortuo, aut sui iuris facto, tum sine dubió pertinere. nam in casu nostro,siue Secundus, qui creditor fuit,moriatur,pater de Primi debitoris peculio debitum illud deducet:siuePrimus debitor moriatur,& Secundo emancipato pater soluat,non repetet : quemadmodum tum ex Africani disputatione planissimè intelligitur, tum etiam ex d.l.si noxali,11. D.de pecul.Quare isto casu non modò Vlpian.rectè dixit,quod conseruo debe-

tur, domino deberi: verumetiam ex contraria parte rectè dixisset, quod conseruus debet, dominum debere. Quinetiam illud singulari observatione dignum est, quamuis naturalis obligatio filij vel serui cum extraneis, patri vel domino non acquiratur: tamen ex illa naturali obligatione ciuilem illis obligationem cum extraneis vtraque ex parte acquiri. nam vt de peculio in ipsos agitur, ita ipsi aduersus extraneos ciuiliter agunt. d. l. nec seruus, 41. D. de pecul. tametsi pater ciuiliter non obligetur. l. 8. §. vlt. D. de acceptil. Venio nunc ad alteram huius erroris originem. Nam cùm regula iuris sit, vt aditione hereditatis creditoris, aut debitoris, confundatur obligatio etiam naturalis d. l. Stichum, 95. §. aditio. D. de solut. & l. heres, 21. §. quòd si, D. de fideiu. argumentum inde ductum est, Primi debitoris obligationem pro qua parte patri heres extitit, confusam, ac proinde extinctam fuisse. Hoc cùm Accursij, tum aliorum omnium veterum commune argumentum fuit: quod nunc à recentioribus renouatum est: à quibus nihil quicquam noui præter verborum contumeliam Iurisconsultis indignissimam afferri video. Sed illi argumento perfacile est multis modis respondere. Primùm hoc modo: Si quia Primus debitor patri creditori heres extitit, confusa obligatio debitoris est: etiam quia Secundus creditor patri debitori heres extitit, confusa creditoris obligatio est. Relatorum enim hæc vis est. Itaque si societas inter fratres contracta ob patris mortem vna ex par-

te dirimatur, etiam altera ex parte dirimetur. Creditoris autem obligationem per hereditatis acquisitionem confusam non fuisse, Africanus demonstrat, cùm ait, illam per participationem peculij, ex eo, inquam, quod Secundus è Primi peculio partem adeptus est, sublatam fuisse. nam si semel per confusionem perempta fuisset, iterum per peculij participationem perimi non posset. l. in fin. D. de duobus reis, l. qui res, 98. §. aream, D. de solut. Præterea si per confusionem obligationis perempta Secundi obligatio fuisset, quid opus fuit, Africanum aliam in Primo, aliam in Secundo caussam peremptæ obligationis proferre? Cur non vno verbo dixit, Primum omnia sua quinquaginta repetiturum: propterea quòd per aditionem hereditatis patris, vna ex parte creditoris altera ex parte debitoris, confusa obligatio perierat? Neque verò nos moueat quod in d. l. Stichum, & d. l. heres, scribitur, etiam naturalem obligationem aditiones hereditatis creditoris aut debitoris confundi, quia naturalis obligatio disertè exponitur ea quæ cum extraneis, puta cum pupillo, contracta est: in qua illud accidere omnino necesse fuit. Sed insequens responsio planiorem huius obiectionis solutionem ostendet. Nam etsi aditione hereditatis creditoris obligatio confunditur, tamen animaduertendum est, in caussa proposita non aditionem, sed immixtionem fuisse, non extraneos, inquam, sed filiosfam. heredes extitisse proponi. §. extraneus, 6. de hered. qual. l. diff. l. impuberibus, 11. l.

cum bonis,87.D.de acq.her. Quoniam autem de iure ciuili iam tractamus ciuilem quoque subtilitatem & tractationem adhibebimus. Ergo quantum his casibus inter aditionem & immixtionem intersit, primùm ex eo intelligitur, quòd in aditione diuersæ & alienæ personæ sunt, debitoris succedentis, & creditoris defuncti: vt non mirum sit, si confusio eueniat. At in immixtione, non modò non alienus succedit, sed ne alius quidem succedere videtur. pater enim & liberi eadem persona censentur. l. in suis,11.D.de lib. & postum. Deinde in aditione, diuersa & varia patrimonia sunt debitoris succedentis & creditoris defuncti. nam heres nouum sibi & alienum dominium acquirit: at in immixtione vnicum patrimonium est: neque nouum dominium acquiritur, sed vetus continuatur. §. sinautem, De her. qual. & dif. l. 1. §. largius, D. de success. edict. & d. l. in suis, 11. D. de lib. & post. vbi Paulus ait, filios patre mortuo non hereditatem percipere videri, sed liberiorem bonorum administrationem consequi. qua de caussa filiifam. non adire, sed retinere hereditatem dicuntur. l. si patronus, 12. §. vlt. D. de bon. libert. l. 2. C. pro hered. Quin ne illa quidem prætermittenda differentia est, quòd in casu aditionis de sola hereditate agitur, id est, de debitoribus & creditorib. hereditariis. at in casu nostro non de hereditariis, sed de peculiariis debitoribus & creditoribus agitur. In quo pondus ac momentum permagnum est. neque enim si aditione hereditatis, creditoris obligatio

tio confunditur: iccirco peculij retẽtione confunditur. In quo satis mirari nouum illud amici nostri præceptum non queo: *Notandum est duobus modis confusionem obligationis fieri, acquisitione hereditatis, & acquisitione peculij si peculium debitoris ad creditorem peculiarem peruenerit.* Quis vnquam antehac audierat, filiosfam. patre mortuo suum peculium acquirere? At ne hereditatem quidem acquirunt: vt paulo suprà dicebamus. quinetiam pater in filij mortui peculio quasi heres existere dicitur. d. l. 3. §. Pomponius, D. de minor. & l. 6. §. filius, D. de statu lib. Quòd si filij paternam hereditatem retinere dicuntur, quanto magis peculium? præsertim si eiusmodi sit, vt non à patre id acceperint, sed suâ industria pararint? velut in l. peculium, 39. & l. non solùm, 48. D. de pecul. Ex quibus intelligi potest, quàm dictu absurdum sit naturalem filiorumfam. obligationem ob peculium ab illis acquisitum confundi: quàm parum, inquam, illum hæc decuit scribere, qui priuato consilio magisterium in alios sumpsit. At si tibi scutica domi est, & nobis flagrum domi. *Superdicto*, inquit, *opus fuit*: μὴ κακούργει τὴν νομικήν. Quæ, malùm, barbara ista iuris tractandi ratio est in personam scribere: non in rem? & doctissimos quosque modò Germanos, modò Italos & Insubres, modò Gallos, probris & contumeliis lacessere: suáque scripta maledictis & conuiciis infarcire. At quónam tibi superdicto est opus? ἄλλων ἰατρὸς, αὐτὸς ἕλκεσι βρύων. sed vt ad rẽ redeamus, quid si pater Primo credidisset, Secundo

debuisset? quid censes? ánnon patre mortuo, simulátque filij sese ipsius hereditati immiscuerint, æquè Secundi qui creditor fuerat, obligatio confundetur, vt illa Primi, qui creditor? siquidem (vt antehac creditum est) in casu nostro Primi immixtione obligatio ipsius confundebatur. Quid? Ponamus locationem & conductionem inter ipsos fratres contractam. Dicant nunc, qui solius Primi obligationem confundi affirmant, ánnon patre mortuo æquè vtriusque, & locatoris, inquam, & conductoris, confundatur obligatio? cùm tamen alter alteri & debitor & creditor sit: neque vna ex parte obligatio consistat. l.1. D. de rescind. vend. l. bona fides, 50. D. de act. empt. l. vlt. D. de acceptil. Quid verò alter ille nescio quis ad hæc respondebit? ille, inquam, temulentus, turbulentus, lutulentus: qui cùm crapulam suam exhalaret, ad oram libelli publici sic ascripsit: *Perperam & contra iuris disciplinam quidam hîc addidit negationem.* O peritum iuris scholiastē, sed vindemialis non Iustinianici! quàm eleganter Demetrius dixisse fertur, eodem loco sibi esse voces imperitorum, quo ventre redditos crepitus! quid igitur nostra refert, sursum iste an deorsum sonuerit? Quare omissis istis, quę à me contra perpetuam meam annorum viginti consuetudinem tantæ contumeliæ indignitas expressit, breuiter concludendum est. Nam si iam doceamus aditione hereditatis peculiarem obligationem non con fundi, quid controuersiæ supererit? Attendat igitur eruditissimus Roaldus, & siquis alius arbiter

biter futurus eſt. Vlpianus in l.ſed ſi,9.§.ſed &, D.de pecul. ſcribit creditorem ſerui,qui heres domino ipſius extitit, deducere de peculio quod ſibi debetur,ſi conueniatur. Rurſus in fi. §.ſi ei qui poſt mortem intra annum potuit cõueniri de pec. heres extitero, deducam quid mihi debetur.Rurſus Gaius in l.ſiquis ſeruum, 29.D.de pecul. ſcribit,ſi creditores ſerui domino heredes extiterint, ipſos inter ſe agere de peculio poſſe. Rurſus ex contrario, Iulianus in l.ſi creditor,37. D.de pecul. Si creditor,inquit, filij tui heredem te inſtituerit & tu hereditatem eius vendideris,tenebere de peculio.quod etiam confirmatur in l.eo tempore, 50. §.1. D. eo. & rurſus in l.cum quo, 56. D.ad leg. Falcid. Rurſus, ſi filius patrem ſuum debitorem peculiarium habeat, tantùm abeſt vt immixtione confundatur obligatio, vt id in familiæ erciſcundæ iudicium inducatur. l. filiæ, 20. §. 1. & l. heres,25.§.ſi filius,D.famil.erciſc. Eodémque pertinet, quòd ſi fideiuſſor manumiſſi eidem heres extiterit, naturalis tamen illius obligatio permanere dicitur in l.heres.21.§.2. D.de fideiuſſ. Sed ne tam longè abeamus, Africanus noſter hac ipſa lege, Africanus,inquam,noſter,in verſ. *Adeò vt ſi*, perſpicuè idem oſtendit: vbi ſcribit,ſi duo ſint filij,quorum PrimusSecundo debeat,tum ambo filij heredes inſtituti, Primo autem ſuum peculium prælegatum: naturalem tamen inter illos fratres obligationem durare: quamuis patris hereditati ſeſe immiſcuerint. Quod qui tam dilucidè dictum non animad-

uerterunt,considerent ipsi secum, vtrum scutica,an flagris,vel propter tantam in cæcitate superbiam, vel propter contumeliosam linguæ petulantiam,digni sint. Nam hac modesta commonitione in præsentia contentus ero, quantumuis contumeliosè lacessitus: ne in quo alios reprehendo idipsum videar imitari. Verùm ecce aliud quod fere præterieram. *Huic sententiæ* (inquit amicus noster) *opponitur quod est in l. 6. & l. 8. C. ad l. Falc. l. 1. §. si debitor, D. eod. in ponenda ratione legis Falcidiæ heredem deducere, et retinere, quod sibi defunctus debuit: & boni computare, quod defuncto debuit. Nihil est quod tam facile expedire possim. Ideò quod initur ratio omnium bonorum quæ mortis tempore fuerunt, perinde atque si tum fuerunt, & nunc essent.* Hanc vel obiectionem vel solutionem si Roaldus vir acutissimus intelligit, caussam non dico, quin obtusi ingenij existimer. In ponenda ratione Falcidiæ, mortis tempus spectatur: quoniam (inquit interpres noster) initur ratio bonorum quæ mortis tempore fuerunt. Eadem videlicet per eadem. Sed cur eius temporis ratio ducitur, aut verò quid hæc ad institutam disputationem pertinent? id est, ad naturalis obligationis perseuerantiam, etiam post aditionem hereditatis debitoris aut creditoris? Ergo intelligendum est, iccirco mortis tempus spectari, hoc est dodrantem & quadrantem ideo ex ea quantitate quæ mortis fuit tempore æstimari: quoniam quicquid post testatoris mortem damni lucríve contingit, id totum heredi contingit. l. in quant

quantitate,73.D.ad leg.Falc.quippe,cùm à tempore mortis successisse intelligatur. l. heres quandoque 54. D.de acquir.hered.l.omnia,153. De reg.iur. Quare quæcunque vel heres testatori, vel testator heredi etiam ciuiliter debebat, ea omnia in assem hereditarium imputantur. sed quorsum hæc, aut verò qua ex parte ad institutam disputationem pertinent? An vt opponatur, naturalem obligationem per aditionem hereditatis confusione non extingui? At ne ciuilis quidem extinguitur, quoniam (vt modò dictum est) ex mortis tempore ratio ducitur. Nihil igitur nec obiectio ad institutum pertinet, nec solutio ad obiectionem. Agè, cetera videamus. *Opponitur* (inquit idem amicus noster) *l.debitor,59.D.ad Trebell.quæ etiamsi creditor debitori successerit, ait propter pignus manere naturalem obligationem. Nihil est quod tam facilè expedire possim. Significat enim propter alia non manere, & esse confusam. Confusione tollitur omnis personalis obligatio, etiam naturalis. Obligatio realis, idest pignoratitia, non tollitur.* Hîc te, Roalde, appello, & tuam attentionem exquiro. Verus debitor, qui pignus dederat, & ciuiliter obligatus erat. l.Iulianus,60.D.de cond.indeb. Cùm creditor heres institutus hereditatem ex fideicommisso restituisset, quærebatur de pignore, quod dominij iure possidere postulabat. Dubitandi caussa erat, quia ius pignoris extinctum videbatur dominio acquisito. Neque enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore. l.pen.D. de except.rei iud.Paul.

tamen respondit, propter pignus naturalem obligationem remanere. nam hæc illius verba sunt. Quæro iam ex te, Roalde doctissime, vtrius obligationem Paulus hisce verbis designet: personæ, hoc est, ipsius debitoris: an rei, hoc est pignoris? Dices, opinor, absurdam esse quæstionem: primùm, quia Paulus dilucidè naturalem obligationem ad ipsum debitorem refert. deinde, quia nunquam fando audita est naturalis eiusmodi pignoris obligatio, & ab eiusdem ciuili obligatione discreta. Ecquonam igitur modo Paulum cum aduersario suo conciliabimus? cùm ille sic scribat: *Remanet propter pignus naturalis obligatio debitoris.* hic verò sic, *Confusione tollitur omnis personalis obligatio, etiam naturalis, obligatio realis non tollitur.* An non apertè Paulus affirmat, naturalem obligationem manere: alter apertè affirmat, eandem tolli? Quid verò illud est tam, ἄκυρον, obligationem realem non tolli? An ergo rei pignoratæ alia ciuilis, alia naturalis obligatio est, quarum illa tolletur, hæc manebit? Præterea quid ad Paulum, aut Pauli institutum obligatio illa realis? cui propositum est ostendere, aditione hereditatis debitoris, ciuilem quidem obligationem confusione tolli: naturalem non tolli: in quo superior nostra disputatio versabatur. Verùm hæc quidem ad l. frater à fratre, satis supérq; dicta sint. Sequitur altera criminatio: his verbis: *Et iidem etiam eodem libello titulos Digestorum nobis corrumpunt: vt non dicamus, Quarum rerum actio non detur, sed quarum rerum exceptio, vel, exa-*

*ctio*

*ctio.* item, *non De condictione caussa data: sed, De condictione caussa dati.* Corrumpi videlicet amicus noster statuit, quæ contra suam opinionem in libris nostris emendantur. Isto modo si corruptor ipse ex opinione nostra dicendus esset, quàm multas momento temporis corruptelas proferre possemus? sed sua cuique rei maturitas est. nunc quod instat agemus. Ergo quantum ad priorem titulum sic respondeo: Titulus ab argumento & tractatu dissentaneus, sine dubio pro vitioso & mendoso habendus est. Hic titulus ab omni argumento quod sub eo tractatur, abhorret. nihil habet commune cum vlla vel minima tractatus parte. Nego versum esse vllum, in quo tractetur cuius rei actio non detur. Dico seriem Rubricarum flagitare titulum ad exceptionum argumentum accommodatum. Primus huius libri titulus est, De exceptionibus: secundus, De exceptione rei iudicatæ: tertius, De diuersis & tempor. except. quartus est, De doli & metus exceptione: quintus erat antehac, Quarum rerum actio non detur. Vbi dico & contendo reponendum esse, Quarum rerum exceptio. Primùm, quia hanc rubricam ordo & continuatio titulorum respuit. Deinde, quia in toto tractatu versus ostẽdi nullus potest, in quo de actione disputetur: quinimo nullus in illo tractatu versus est, in quo non de exceptionibus agatur. Si versum vnum notare mihi doctissimus Roaldus potest, qui peruulgatæ rubricæ respondeat, causam non dico, quin pro cæco & imperito numerer. Quod si

versus ostendi eiusmodi nullus potest, concludo mendosum, ac propterea corrigendum esse titulum : vt pro ACTIO, reponatur EXCEPTIO. Quid ad hæc criminator noster? *Dixi*, inquit, *in paratitlis*. Eorum igitur verba audiamus : *Non dari dicitur actio, quæ exceptione eliditur : Vt in S. C. Macedoniano.* Quid audio? Eccui vnquam Iurisconsulto isto modo loqui in mentem venit. quid? si actio non detur, ecquónam modo per exceptionem elidetur? Quid ergo est, quod Iustinianus sub tit. de except. toties inculcat tum demum exceptionem dari, cùm actio quidem competit : sed iure summo & stricto, & contra naturalem æquitatem competit: tum denique, cùm ius summum summa iniuria est. §. 1. §. 2. & pass. de except. l. 1. D. de dol. except. l. ex diuerso, 17. §. 1. D. sol. matr. Atenim scriptum est in S.C. Macedoniano: De pecunia filiof. credita, nec actionem, nec petitionem dari. l. 1. l. sed si. 9. §. 2. D. ad Macedon. §. quæ diximus. 8. Quod cum eo qui in al. l. si filius, 6. C. ad Macedon. & tamen passim dicitur, filiofam. exceptionem Senatusconsulti dari. Nimirum, inquit amicus noster, in S.C. Macedon. denegari dicitur actio, quæ tamen sine exceptione non infirmatur. Hoc verò perquam absurdum & ineptum est. Quis enim ignorat, de pecunia filiofa. credita interdum actionem non dari, interdum dari? Si de filiifam. conditione Prætori constet, Prætor actionem denegat, quod verbis S.C. demonstratur. si non constet, actionem quidem concedit, sed sub illa exceptionem subiungit.

quod

quod non ex verbis, ſed ex mente Senatuſconſulti intelligitur. ac ſic accipiendum eſt quod ſcribitur in l.item ſi,7. §.non ſolùm, D.ad Maced.& l.ſed ſi pater,9.§.hoc S.C.D.eod.vbi denegari dicitur actio, non (vt noſter interpretatur) cui exceptio ſubiungitur : ſed planè quæ ipſo iure non datur.eodémque modo accipiendam.l.veluti,27.D.de verb.obl.perſpicuum eſt ex l.1. §.idem, D.de dol.mal. vbi diſertè & nominatim id traditur:iuncta l.ſi flagitij.123.D.de verb.obl.vt me certè tantæ inſcitiæ in tanta ſuperbiaq; pudeat. Neque vel Petrum Fabrum,virum clariſſimum, quantumuis aduerſarij noſtri amicum, iudicem recuſo. ſpero enim maiorem illum ſuæ dignitatis quàm amicitiæ rationem habiturum. Quare rem paulò dilucidius exponam.Iuriſiurandi exceptio paſſim dicitur ei dari,qui ſe non debere iurauit.§.4. de excep.& aliis locis innumeris.Et tamen Prætoris edictum ita conceptum eſt : *Eius rei de qua iuſiurandum delatum eſt,actionem non dabo*. l.7.D.de iureiur. Verùm Vlp. mox ſolutionem ſubiungit : *Poſteaquam iuratum eſt*,inquit, *denegatur actio:aut ſi controuerſia erit,id eſt, ſi ambigitur an iuſiurandum datum eſt, exceptioni locus eſt*. l. 9. D. eod. Ridiculum igitur eſſet dicere,quo caſu fœneratoris actio filiifam.exceptione ſummouetur, actionem denegari. nam quomodo ſummouetur actio , quæ data non eſt ? quod enim alibi ſcribitur nihil intereſſe, vtrum ipſo iure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur. l.nihil,112. De reg.iur. l.& eleganter,

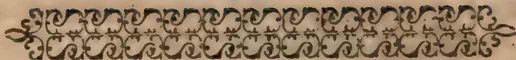
7.§.seruus,D.de dolo malo.hoc ad actionis effectum referendum est, non ad veterum iudiciorum formam, ritum & ordinem:vt cùm dicitur actionem eum non habere, cui propter aduersarij inopiam inanis actio est. l. 6. D. de dol. mal. cùm tamen inanis actio etiam dicatur (ab effectu videlicet) cui firma exceptio subiungitur.l.pen.D.de cond.ob turp.causs. Ergo vbi actio ne iure quidem ciuili constat, veluti cum ab initio contracta obligatio non fuit, Prætor nihil necesse habet exceptionem addere: quia ne actionem quidem concedit. d. l. si flagitij.123. De ver.ob. l.5. C.de cond. ob turp. caus.& d.l.1.§.idem,4.D.de dol.mal.ex qua interpretanda est l.penul. D.de cond.ob turp.vbi non ita de turpi caussa constiterat,vt Prætor actionem denegaret. at vbi summo & subtili iure constitit obligatio, veluti cùm dolo, vel metu cõtracta stipulatio est: actionem quidem Prætor concedet: verùm eius iniquitatem exceptione corriget. l.siquis,36. D.de verb.obl.l, siquidem,9. C.de cont. stipul. Et hoc idem in S.C. Velleiano licet animaduertere. nam etsi passim Senatusconsulti exceptio commemoratur: velut in l.si mulieri,15. l.16. & l.17.§.si mulier, & l.30. D.ad Velleian. tamen S.C.ita conceptum profertur: Ne eo nomine ab his petitio, néve in eas actio detur.quinetiam Pompon. in l.vlt.§.pen. Totius,inquit,sermo Senatusconsulti ad petitionem non dandam aduersus ipsam mulierẽ spectat.quid?ánnon idem Pompon. superiore proximo §.dixerat,interdum etiam

tiam Senatusconsulti replicationem dari? Sic igitur statuendum est, vt modò diximus ex l. octaua, De iureiur. si de facto Prætori constet, denegari actionem: si non constet, dari: sed exceptionem subiungi. Superest titulus, De condict. caussa data: vbi corrigendum esse contendo, Caussa dati. Argumenta autem hæc habeo. Primùm Latini sermonis ratio ita flagitat: dein de Imperatores in Codice Rubricam illam isto modo proposuerunt, De condict. ob caussam datorum. Tertiò reliquæ condictiones omnes sic nominantur: veluti Condictio certi, condictio incerti, condictio indebiti, liberationis, furti. Cur in ceteris omnibus Latinæ linguæ ratio seruabitur, in illa sola violabitur? *Quoniam* (inquit amicus noster in Paratitl.) *verba legis hæc sunt.* Eccuius tandem legis? Si lex vlla populi R. proferatur, in qua scriptum ita sit, cedo manum, & me victum agnosco. An igitur edicti prætorij? vt in eo fortasse ita scriptum fuerit: Caussa data, caussa non secuta, vt condicatur, actionem dabo. Primùm proferri edicti verba oportuit. nam dum illa non proferentur, non modò ignorare, verumetiam negare nobis illam verborum formulam licebit. deinde vt maximè hæc formula proferatur, an iccirco Condictio caussa data dicēda erit, potius quàm caussa dati? cur igitur Imperatores Condictionem ob caussam datorum appellarunt? cur eadem dicitur Condictio ob rem dati? in l. vlt. D. de cond. causs. dat. Præterea ponamus ita conceptum edictum fuisse, Indebitum solutum vt

condicatur, actionem dabo:cõtinuóne rectum erit dicere, Condictionem indebitum, potius quàm indebiti? Verùm hæc pluribus persequi quæ sole ipso clariora sunt, propè putidum videtur. Illud non alienum erit quærere, si propositum fuit amico nostro veteris illius libelli quem adolescens edideram, emendationes per sequi, quid ita correctionem illam alteram prætermisit, vbi Rubricam Institutionum De exhered. liber. ita correxeram: De instit. & exher. liberorum? nimirum, quoniam biennio post libelli nostri editionem, notas euulgauit in Instit. in quibus, meo nomine suppresso, ita scripsit, Titulus hic rectius de Instit. & exheredat. liberorum inscriberetur. Ergo quia & mutatio mea, & ipsius mutuatio adhuc placet, prætermissa est huiusce correctionis criminatio. At ego aliquanto pòst in meis Institut. commentariis peccatum illud meum agnoscens, ingenuè scripsi, malè tum me de illa Rubrica existimasse, cæcúmque aliorum ducem fuisse. Ex quo eruditi viri de vtriusque nostrûm vel bona vel mala fide existimare poterunt.

*

APP



# APPENDIX

## ADVERSVS NOVAM EIVSDEM LEGIS INTERPRETATIONEM, *nuper à Lescurio eruditissimo viro promulgatam.*



Ditus est nuper, sub nomine Lescurij Iurisconsulti, libellus eruditè scriptus, in quo noua huius eiusdem legis interpretatio ita profertur, vt nostra perspicuè (modestè tamen & sine vlla contumeliæ nota) repudietur. Et quoniam doctus ille vir quisquis est, honorificè semper & amicè nomen meum vsurpauit: dabo & ego operam ne meritus honos illi à me denegatus esse videatur.

Caussam igitur ita constituit, quasi non vterque frater (Primus, puta, & Secundus) peculium habuerit, sed Primus tantùm. qui verò peculium non habebat, aliunde pecuniam mutuatus sit, quam postea Secundo peculium habenti crediderit. Quid enim (inquit Lescurius) si extraneus in hoc ei det, fratri vt credat peculium habenti? Patre autem mortuo, eam per errorem Primo fratri, eidémque creditori suo, reddiderit? Nunc quæri putat, an Secundus à Primo repetere illam, quasi indebitè solutam, possit: Africanum autem respondisse, Vtique quidem, (hoc est, certè ac sine dubio) pro ea parte, qua Secundus patri suo heres extitit, repetiturum.

quid ita? quoniam (inquit Lescurius) aditione hereditatis creditoris fit confusio, debitúmque extinguitur. l. Stichum, 95. §. aditio, D. de solut. quę peruagata & trita & decantata, cùm doctorum omnium, tum etiam alterius aduersarij nostri ratio est: & (quod sine offensione dictum velim) quasi quodammodo crambe recocta. Cur autem erudito illi viro Lescurio in hac noua interpretatione, quę (vt opinor) nunquam cuiquam ex Doctoribus in mentem venerat, assentiri non possim, caussam exponam: nec ita multo pòst. Prius enim Lescurij industriam adiuuabo: & caussam ita constituam, vt prima specie vulgata huius l. scriptura integerrima videri possit, meámque illam emendationem importunitatis condemnatura. Ponamus enim non Secundum Primo, sed Sempronium illorum patrem Primo quinquaginta credidisse. hoc credito naturalem patri quæsitam obligationem constat. §. quæsitum, in hac ipsa l. Postea Sempronio mortuo, vtrumque filium ei ex semisse heredem extitisse, Primum autem Secundo per imprudentiam quinquaginta illos aureos, quasi ex efficaci obligatione debitos, persoluisse. Nunc consultum Africanum an & quatenus illos repetere, quasi indebitè solutos, possit: respondisse, pro qua parte patri suo creditori debitor ipse successit, repetiturum, hoc est xxv. quoniam aditione siue immixtione hereditatis creditoris confusa obligatio est, l. 1. §. pen. D. ad leg. Fal. pro qua verò parte Secundus patri heres extitit, hoc est, pro altero semisse,

pec

peculiúmque Primi cum illa hereditate confusum participauit, ita repetiturum, si non minus ex eo consecutus est quàm ei ad solutionem supererat. propterea quòd naturalis obligatio, quam sibi pater quæsierat, ad Secundum pro hereditaria parte peruenerat, quippe, cùm naturales obligationes à defunctis non modò ad heredes, verumetiam ad fideicommissarios transeant. l. quamuis, 40. l. si eius pupilli, 64. D. ad Trebell. Hæc autem obligatio sublata per illam peculij participationem fuerat, pro qua parte Secundus patri heres successerat. Reliquos igitur xxv. Primum à Secundo repetiturum. Qua ratione nihil primo aspectu aptius ad peruulgatæ scripturæ interpretationem fingi videtur posse. Nam etsi Afric. verbo Secundum Primi creditorem faciat, tamen interpretes omnes (quos Lescurius secutus est) patrem ipsum creditorem faciunt, propter vulgatam regulam, qua dicitur, Obligationem filio quæsitam statim ipso momento patri adquiri. l. placet, 79. D. de acq. hered. Verùm argumentum istud, quod firmissimum vulgus credit, verbo vno refellitur. Quid enim de Secundi peculio dicemus? An non, vt Africanus rationem habuit eius quod Secundus ex Primi peculio consecutus est, etiam habenda erit ratio eius quod Primus vicissim ex Secundi peculio adeptus fuit? Qua vna interrogatione omnes omnium interpretum disputationes refelluntur. Itaque cùm hoc Lescurius vir doctissimus sensisset, huius timore (vt Bartholus loquitur) nouam illam speciem

confinxit, quasi Primus solus peculiatus fuisset; Secundus non fuisset. Atenim si peculium Secundus non habuit, vnde pecuniam Primo credidit? Iccirco respondet Lescurius dicendum esse, extraneum in hoc ei pecuniam credidisse, fratri vt credat peculium habenti. Caussę igitur quamobrem erudito illi viro non assentiar, sunt huiusmodi. Primùm, quoniam nouum est credi pecuniam filiofam. ab extraneo, neque in paterna negotia, neque in caussam peculiarem; sed tantùm vt eam alteri credat, cùm etiam simpliciter vetitum sit, ne filiofa. mutuum detur, sancitúmque ne de eo ius dicatur: hoc est, nequa eiusmodi mutui nomine vel actio vel petitio concedatur: vt ait l.1.D.ad Maced. quod autem Lescurius in testimonium profert. l. sed si.§.1.D.ad Maced. pace doctissimi hominis dictum sit, Vlpianus eo loco primùm non de credita sed de donata filiofam. pecunia loquitur. deinde, non de donata vt credat, sed de donata vt creditori soluat. quod à specie nostra est alienissimum. Altera dissensionis meæ caussa est: quia si ex mutuo aliunde sumpto Primus Secundo pecuniam credidisset, alienissimum esset existimare, patri eam obligationem adquiri, eúmque numerata pecunia, statim factum esse creditorem Secundi: quod tamen Lescurius identidem inculcat. nam vt illud demus, quod neque iam probare possumus, & superiore disputatione nostra ante biennium edita repudiauimus, naturalem Primi obligationem patri confestim adquiri: tamen illud intelligendum

esset

esset de obligatione ex re peculiari per filium adquisita, non autem ex re extraneis: in qua & ciuilis & naturalis æquitas eum patri præferret. l.siquis mancipiis, 17. §.vlt. D.de inst. act. l.eo tempore,50. §.vlt. D.de pecul. l.non debet,41. §.1.l.iure naturæ,206.D.de reg.iur. Tertia & potissima caussa est, quoniam Africanus totam suam disputationem & distinctionem in eo consumit, quòd alter alterius peculium simul cum hereditate patris participarit. *Pro ea parte*, inquit, *qua Primus patri heres extitit*, ac proinde partem ex Secundi peculio simul percepit. Et mox, *Pro ea verò parte qua frater Secundus patri heres extitit.* ac proinde partem ex Primi peculio percepit, ita repetiturum, si non minus ex peculio ad Secundum fratrem suum peruenisset. Ex quibus perspicuum est, Africanum ita caussam constituisse, vt vterque frater peculiatus fuerit, sicuti Iurisconsulti nostri loquuntur (de quo Lescurius dubitabat) in l.si quid venditor,18.D.de ædil.ed.& l.Iulianus,13. §.si venditor,D.de act.empt. Atque hæc quidem de noua caussæ constitutione à Lescurio excogitata, hactenus. De caussa autem cur Africani locum affirmatè legendum Lescurius existimet, quam ex vulgari, vt dixi & inueterata opinione sumpsit, summatim sic habendum est: Omnem de naturali æquitate, de naturalibus obligationibus, de naturalibus condictionibus, disputationem, naturaliter & intelligendam & interpretandam esse. l. siquod dominus, 64. D. de cond.indeb. vt factum & veritatem solam spe-

ctemus, eámque à iuris Quiritium fictionibus & argutiis distinguamus. l.8. D.de cap.min. Itaque contracta naturali iure obligatio, per commenta & fictiones ciuiles non dissoluitur. veluti per emancipationem, vt Africanus ostendit in hac ipsa lege.§.quæsitum,& l.8. D.de cap. min. & l.si noxali. 11. D.de pecul. item per rem iudicatam. l. Iulianus. 60. D. de cond. indeb. item per iusiurandum. l. vlt. D.de iureiur. si quidem simpliciter & per se iusiurandum considerari posset. nam cùm pacto nudo naturalis obligatio tollatur, iusiurandum autem illud conuentionale sit, confitendum est naturalem obligationem per iusiurandum propter conuentionem tolli. l.stichum, 95. §.naturalis, D. de solut. Huius autem iuris exempla hæc proferemus. Naturali, hoc est, gentium iure (velut hodie apud plerasque gentes) tot in familia personæ numerantur, quot capita sunt, singulæq; pari & eodem iure censentur, l.quod attinet, D.de reg.iur. At iure Quiritium, omnes qui in eiusdem potestate sunt, vna persona censentur. l.si quis.56.§.1.D.de fideiuss.l.si Pamphilo,10.D.de opt.leg.Lactant.Inst.4.c.29. Cùm quis habet filium quem vnicè diligit, qui tamen sit in domo & manu patris, licet ei nomen domini potestatémque concedat, ciuili tamen iure & domus vna, & vnus dominus nominatur. quin etiam fratres qui in eiusdem patris potestate sunt, omnes pro vna persona censeri declarat l.non solum,61.§.2.D.de rit.nu.at l.pater, 17.D.de testib.§.sed neque.Inst.de testam. Vlp. tit.20.

tit. 10. iure naturali omnes vno generali nomine Homines appellabantur.l.4. D.de iust.&iur. iure verò Quiritium,alij patresfam.alij filiifam. dicti sunt : quæ nomina ciuilis iuris inuenta & instituta sunt.l.4.§.qui sunt sui vel al. Item Iure naturali & gentium , velut hodie apud nonnullas gentes, possunt filij separatum à patris bonis patrimonium habere : sibíque seorsim suo labore & operis adquirere.ac multo magis fratres inter se distincta, etiam viuo patre, habere patrimonia possunt. absurdúmque esset hodie apud illas gentes dicere quod vnus frater quinquagenarius alteri paulò fortasse natu minori credidisset,id ipsorum patri deberi.pater denique hoc iure filio debere potest, adeo vt eius obligatio etiam post emancipationem duret,vt in hac ipsa lege,§.quæsitum. Singulæ nanque personæ simpliciter iure gentium considerantur : neque Quiritium iuris ratio habetur.d.l.quod attinet.De reg.iur. at ciuili fictione, & iure Quiritium, quo filiusfam. in patris potestate est, nihil proprium extra patris dominium ac potestatem habere potest:sed quidquid adquirit, patri confestim & in ipso momento adquirit.l.1.D.si à par.quis.l.adquiritur, 10. D.de acquiren.rer.domin. quod pater filio, vel filius patri stipulatur id pater sibi, & filius patri stipulari intelligitur.l.39.l.59.§.2.l.130.De verb. obl. l.2. C.de contrah. stipul. quod patri debetur, filio deberi intelligitur : vicissímque quod filio debetur, patri deberi. l.si cum filio, 9.D.de compens. & ob eam ipsam causam neu-

ter alteri ciuiliter debere poteſt: non pater filio, propter regulam Iuliani. Quod quis ab alio ſtipulando mihi adquirit, id à me ſtipulando nihil agit. l. ſed etſi, 25 §. idem Iulianus, D. de vſuf. non filius patri, quia cùm pater pro ſuo iure ſtatuere in filium poſſet, nulla inter illos actio à veterib. conceſſa eſt. l. ſerui & filij, 17. D. de furt. l. lis nulla, D. de iudic. Quinetiam ſiquis arrogabatur, non modò ipſe, verumetiam ipſius liberi, ſerui, bonáque omnia in arrogatoris manum poteſtatémq; tranſibant. l. 2. in fi. & l. 15. D. de adopt. l. pen. D. de bon. poſſ. ſec. tab. & poſtea quæcunque adquirebat, arrogatori adquirebat, ante Iuſtin. conſtitutionem. l. pen. C. ill. tit. & §. Inſt. de adquiſ. per arrog. Neque tamen id eò pertinet, quaſi iure naturali & gentium non & filij & patris nomen audiatur: ſed quia filiifam. patrisfam. adoptionum, & emancipationum nomina & iura à iure Quiritium inſtituta, eiúſque iuris propria ſunt. l. 3. l. 4. D. de his qui ſunt ſui vel al. l. 1. D. de rei vind. Quid multa? Iure naturali filius eodem iure habetur (quantum ad rerum dominium adquirendum attinet) quo paterfam. ſicuti de milite dici conſueuit: nimirum, vt & pater filio, & filius patri ex cauſſa peculij caſtrenſis debitor creditórve eſſe poſſit. l. pater, 15. §. 1. D. de caſt. pecul. vt ſeruus eiuſdem ab ipſius patre & ſtipulari & accipere poſſit. d. l. pater, §. ſeruus. vt & filius patri, & pater filio furtum facere poſſit: inuicémque furti agere. l. ſiquis vxori, 52. D. de furt. aut eodem iure quo emancipatus eſt, hoc eſt, vt ſibi ſeorſim ſuóque

arb

arbitrio adquirat. l. quòd autem, 6. in prin. D. quæ in fraud.cred. l.1. D.si à par. quis.vt æs patris alienum ipsius æs alienum non censeatur. l. siquis,5.§.parens,D.de lib.agnosc.vt cum patre litigare possit.l.vlt. C.de in ius voc. Item iure naturali, quod frater fratri debet, patri non debet:neque quod seruus conseruo debet, aut ordinarius vicario, vicariúsve ordinario domino naturaliter debet:quod vel hinc licet intelligatur,quòd Seruius summus definiendi artifex,ad peruulgatam definitionem,Peculium intelligitur deducto quod domino debetur:adiecit, vel iis qui in eius potestate sunt.l.sed si damnum,9. §.1.D.de pecul.l.6.D.de pecul.legat.l.si filio,13. D.sol.matrimon.§.cùm autem,Inst.Quod cum eo.At iure prętorio,quo de peculio actio instituta est, quod seruo conseruus debet, domino deberi intelligitur.l.sed si damnum,9.§.2.D.de pecul. Sic enim illum Vlpiani locum interpretari necesse est : siue Vlpianus Seruij adiectionem improbarit, & scripserit (vt olim dicebamus) *Huic definitioni* FRVSTRA *Seruius adiecit:* siue QVAMVIS pro QVONIAM, posterius sit legendum : vbi Vlp. non factum & ius naturale spectat, sed Prætorij iuris effectum, vt modò dicebamus. Postremò, vt ad institutum redeamus, serui iure naturali & obligant & obligantur. l.serui ex delictis, 14.D.de obl.& act. at ciuiliter neque obligant, neque obligantur. l.obligari,43.in fin. D.de obl.& act.l.vlt.§.vlt, D. ad Vell. Cùm igitur ab Africano naturalis obligatio inter duos fratres contracta profera-

tur, & de condictione indebiti soluti agatur, aurea Tryphonini regula seruanda est, vt debiti & non debiti ratione in condictione naturaliter intelligatur. l. si quid dominus, 64. D. de cond. indeb. ac proinde solæ duorum fratrum personæ per se considerentur: & (quemadmodum hodie apud multas nationes, in quib. iuris Quiritium nomen nunquam auditum est, fieri constat) alter creditor, alter debitor constituatur: neque patris persona cum illis permisceatur: aut ciuilis illa fictio admittatur, qua dici solet, Vocem patrisfam. & vocem filiifam. eandem esse: Personam patrisfam. & filiifam. eandem esse. Quod vni debetur, alteri deberi. præsertim cùm illud ἄπορον inde sequeretur, vt si vnius nomine paterfam. esset creditor, alterius nomine debitor existeret: quod neque naturalis, neque ciuilis ratio ferre potest. l. cum filia, 11. D. de leg. 1. l. heres, 21. §. quod si stipulator, D. de fideiussor. l. si id quod, 21. D. de lib. leg. Satis ergo iam perspicuũ esse arbitror, quamobrem patre mortuo naturalis obligatio Primi (quem debitorem posuimus) per hereditatis paternæ aditionem confusa non sit: cùm tam dilucidè probatum sit, Patrem cui heres extitit, eius creditorem non fuisse. quoniam naturalis obligatio ita intelligenda est, qualis ante Iuris Quiritium nomen auditum, & patrumfam. ac filiorumfam. fictam communionem fuisset. At certum est, illo tempore quæsitam fratri ex suo credito obligationem nequaquam patri adquisitam fuisse. Quare, ne iuris illius: atque (vt sic

dicam

dicam) temporis illius naturalis fines migremus: ſed intra cancellos nobis à iure naturali circumſcriptos maneamus.qua in ſentẽtia Bartholus quoque teſtatur nonnullos ex antiquis interpretibus fuiſſe: atque Accurſium auctorem profert, qui affirmauit diſputatum à nonnullis fuiſſe,naturalem filij obligationem patri quæſitam non eſſe.Sed agedum,pergamus.Nũc enim peruulgatæ iſtius interpretationis abſurditatem ita patefaciam,vt omnes eruditos tantæ inſcientiæ,ne dicam ſtultitiæ,pudeat.Quæro enim, Sempronio patre mortuo (quem vulgus propter l.placet,De adq.hered. Primi creditorem facit) Secundus, ad quem ex paterna hereditate illa rediiſſe obligatio fingitur, qua fronte primum de quinquaginta ſibi reddendis appellauit? atque vt non appellarit,tamen pro iure Primus tantam ſe illi pecuniam dare oportere credidit? annon, quia Secundus patri heres exiſtens,paterni crediti & obligationis ſucceſſor erat?Certè,&hoc fateri aduerſarios noſtros neceſſe eſt.quid igitur? támne amens ac vecors fuit Primus,vt fratrem patris heredem eſſe meminiſſet, & coheredem eſſe obliuiſceretur?Aut non intelligo quid conſulas (inquibat Celſus) aut valde ſtulta eſt tua conſultatio.Quod idem multo maiore cum ratione dicere Africanus potuiſſet. nam ſi adeo ſtupidum ponamus Primum fuiſſe, vt putaret & fratri totum debere, quia frater patris heres extiterat: ac non cogitaret ſe iccirco totum debere,quia ipſe quoque coheres extiterat:ineptiſſimam ac ſtultiſſimam

delatam ad Africanum consultationem ponemus; quod cùm tanti viri dignitate alienum est, tum verò referre illum hanc ridiculam consultationem in suos Commentarios voluisse, incredibile videtur. Neque huius sententiæ ac disputationis meæ iudicem recusabo clarissimum & omnibus ingenuis artibus politissimum virum ac Senatorem prudentissimum Gilbertum Malocium, cui, amico (vt video) communi, suum libellum Lescurius dicauit. Sed quoniam & Africani responsum subtilius est, quàm vt à quouis facilè intelligatur: & scio nonnullos esse honestos adolescentes, quibus magis propter doctorum suorum obseruantiam, & quasi partium studium: quàm propter veritatem emendatio mea suspecta est, operæpretium me facturum arbitror, si eius caussæ quam Africano propositam esse confido, constitutionem exponam, eámque doctis viris quasi consultationem proponam. Nam (vt verè loquar) neque vnquam antehac intellexi, neque adhuc intelligere possum speciem illam, quam superior aduersarius noster his verbis exposuit: *Duo sunt fratres, Primus & Secundus. Vterque habet peculium. Secundus de peculio suo Primo mutuam pecuniam dedit. Secundi obligatio pertinet ad patrem. Primi obligatio non pertinet ad patrem: cùm de peculio Primi à Secundo conueniri non possit: propterea quòd nulla lis esse potest inter patrem & filium.* Quid audio? Annon enim vicissim referri ac retorqueri sic poterit? Secundi obligatio non pertinet ad patrem (id est, patri quęsita non est)

vt

vt pater Primi creditor dici poſſit: propterea quòd conuenire Primum de peculio non poteſt, cùm lis nulla inter illos eſſe poſſit. Regula igitur illa tenenda eſt, vt in iſtiuſmodi de iure naturali quęſtionibus, iuris ciuilis argutiis & fictionibus locus non detur, qualis illa peruulgata eſt perſonarum confuſio, vt paterfam. & filiusfam. eadem perſona cenſeantur: ác proinde filiofam. quæſita obligatio patrifam. confeſtim adquiratur. Quare in hac quæſtione, quæ tota eſt de iure naturali, ciuile filiorumfam. & patrumfam. nomen remoueamus, naturale filiorum & parentum retineamus: & perinde quaſi nunquam Quiritium ius auditum fuiſſet, ita ſimpliciter loquamur: atque vbi vnus è duobus filiis Sẽpronij alteri pecuniam crediderit, eum qui crediderit, Creditorem: qui accepit, Debitorem nominemus: Patrem neque debitorem neque creditorem fingamus: ne perſonarum fiat confuſio. alioqui ſi pater vnius nomine creditor dicatur, viciſſim alterius nomine debitor dicendus erit, quod, vt iam demonſtratum eſt, neque ciuilis, neque naturalis ratio patitur. Idque multò dilucidius in illa ſpecie apparebit, ſi fortè ſeruus filiofam. aut hic illi pecuniam crediderit. Annon enim abſurdior perſonarum confuſio exiſtet, cùm ita dicetur, Dominum eſſe creditorem filij: vel, patrem eſſe creditorem ſerui? quas enuntiationes etiam communis ſenſus repudiat. Nam ſi Secundi obligatio patri quæſita eſt, Primus non iam fratri Secundo, ſed patri debitor eſſe cœpit. Atqui Africanus Pri-

mum, non patris sed Secundi debitorem disertè appellat. *Longè magis*, inquit, *in eo quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.* Quod si Primus fratris debitor fuit, certè non pater ipsius creditor fuit, sed frater: hoc est Secundus. Neque dissimilis apparebit confusio, si ponamus Sempronium communem istorum patrem res Primi peculiares Secundo pignori dedisse. nam & ob naturalem obligationem pignus contrahi constat, ex l.5.D.de pignor. & res filij peculiares à patre obligari, ex l.fideiussor, 26. §.1. D.eod. Ista enim quam vulgus sequitur, ratione, Sempronius Secundi respectu, creditor: Primi verò, debitor: atque adeò pigneratitius appellabitur. quod (vt dixi) etiam communis sensus respuit, atque aspernatur. Sed nihil est in hac tota disputatione quod mihi mirabilius videatur, quàm è tot eruditis scriptoribus neminem fuisse, qui triplicem illam absurditatem animaduerterit, quam ex ista recepta & peruulgata huius legis interpretatione consequi necesse est. Nam primum omnium Africanus affirmasse dicitur, Quia (sic enim voces illas PRO PARTE interpretantur) cùm Primus patri heres extitit (ac proinde debitor creditori successit) confusa obligatio est, Primum id quod Secundo soluit repetiturum. quod si ita est, Africanus quinquaginta ei aureos à Secundo attribuit: hoc est, quantum illi per errorem dissoluerat. Atqui continuo pòst idem Africanus subiungit, *Quia Secundus primi peculium in hereditate diuidenda participauit.* Primum ab eo ita repetitur

titurum, si Secundus ex Primi peculio non minus percepit, quàm quantum ei debebatur. NON minus autem Secundus percepit. nam cùm in Primi peculio centum essent, Secundus ex semisse heres quinquaginta consequutus est. Alteros igitur quinquaginta aureos Africanus Primo absurdissimè attribuerit.

Sequitur secunda siue absurditas, siue stultitia, quæ ex peruulgata huius legis scriptura & interpretatione consequitur. Nam cùm Africanus vtrumque fratrem peculiatum posuisset, ita tamen eius responsum vulgò interpretantur, quasi eius solius portionis rationem habuerit, quam Secundus ex primi peculio consequutus est: eius autem quam Primus ex Secundi adeptus est, ne mentionem quidem vllam fecerit. Nam in omnibus hominum istorum ad hāc legem commentationibus & disputationibus, litera de Secundi peculio à Primo participato nulla reperietur. Et tamen constat, Primum ex Secundi peculio (in quo quinquaginta posuimus) vigintiquinque percepisse. Horum igitur ratione Africanus Primo, pro quinquaginta Secundo solutis, centum & insuper vigintiquinque adiudicarit. Quo nihil stultius dici posse existimarem: nisi tertia illa maior absurditas sequeretur, quam superius patefecimus: nimirum quod Primus iccirco Secundo soluerat, quia patri heres existens, eius obligationis successor erat: neque illi in mentem venerat, se fratri coheredem extitisse: ac proinde pro dimidia parte obligationis eiusdem successorem esse. Quin

ne illud quidem prætermittendum videtur (quia mihi interdum cum Latinizantibus res eſt) quòd Africanum, quo neminem vnquam purius ac ſubtilius ſcripſiſſe arbitror, ineptæ loquacitatis arguunt. Quorſum enim illud tam abſurdum, & bis tamen inculcatum? PRO EA PARTE QVA HERES EXTITIT. Nam iſtorum ratione poſitum oporteret pro QVIA vel PROPTEREA QVOD, vel, QVANDOQVIDEM. quam interpretationem Latinæ conſuetudinis ratio repudiat. Atque vt nihil iſtorum à me confictum cognoſcatur, proferam eam interpretationem quam ſuperior noſter aduerſarius in ſuo libro totidem verbis propoſuit, *Cùm eſſent duo fratres, Primus & Secundus: & Primo Secundus pecuniam credidiſſet, ac mox obligationem naturalem ex cauſſa crediti contractam pater adquiſiiſſet, ac deinde mortuo patre vterque patri heres extitiſſet æquis partibus, confuſa eſt naturalis obligatio: partim quia Primus debitor patri creditori, heres exſtitit ex ſemiſſe, partim quia Secundus heres patri ex altero ſemiſſe cepit iure hereditario ex peculio tantum quantum erat in reſiduo debiti.* Atenim ne iſta quidem admiſſa & recepta interpretatione, confuſa dici poteſt naturalis obligatio, iſtis duabus de cauſſis: ſed potius ob priorem cauſſam, confuſa, ob poſteriorem, compenſata. Verum tamen ſi, quia Primus patri heres exſtiterat, confuſa erat eius obligatio, cur ſoluebat? annon ſe patris heredem eſſe meminerat? deinde quæ fuit Secundi vecordia, qui patiebatur eius rationem haberi quod ex Primi

pecul

peculio ſumpſerat, eius verò quod frater de ſuo peculio conſequutus erat, mentionem non faciebat? quod argumentum in ſuperiore Diſputatione prætermiſeram. Deinde, quomodo verborum illorum vis exponitur, PRO QVA PARTE? *Quia Primus* (inquit) *patri heres exſtitit.* quaſi verò PRO QVA PARTE, idem valeat quod QVIA. quod tamen mox iteratur, *Partim quia Secundus tantumdem cepit*, &c. Verùm vt hæc quæ Grammaticalia nonnulli vocant, omittam, deinceps Africano remoto, cauſſæ conſtitutionem eruditis viris proponam: vt ſiquis deinceps me viuo & incolumi aliter de ea ſtatuendum eſſe docuerit, quàm quo modo reſpondiſſe Africanum demonſtraui, manus illi dem, & pro ſingulari erga me beneficio gratias agam. Nam vſque adhuc, hoc eſt vſque ad annum 1575 addo iam ad annum 1585. Deum immortalem teſtor me veriſſimam & certiſſimam eſſe & interpretationem & emendationem meam arbitrari. Sempronius duos habuit filios, Primum & Secundum: vterque centenos in peculio aureos habuit. Viuo patre Primus à Secundo quinquaginta mutuo accepit: ac proinde naturaliter illi debitor eſſe cœpit. Patre mortuo, filiíſque illis duobus ex æquis portionibus heredibus relictis, quum Primus illam pecuniam ſe fratri ciuiliter & efficaciter debere crederet, eam illi perſoluit. paulo pòſt admonitus eſt, debitum illud non ciuile, ſed naturale tantùm fuiſſe: quod à Iuriſcon. ſic definitur: quod natura quidem ſolui æquum eſt: l. ſi noxali, 11. D. de

pecul. quod naturalis quidem æquitas ſolui poſtulat: l. Stichum, 95. §. naturalis, D. de ſolut. ſed tamen per iudicem peti non poteſt: l. prima, §. id quod natura, D. ad legem Falcid. l. creditores, 10. D. de verb. ſignif. Agere igitur indebiti condictione aduerſus Secundum fratrem ſuum inſtituit: quaſi indebitum per errorem ſoluiſſet, eiúſque intentio hæc fuit: Aio te mihi quinquaginta reddere oportere, quippe indebitè ſoluta. Exceptio Secundi, Non oportet. Cuius hæc ratio eſt, quoniam debiti naturalis per errorem ſoluti nulla repetitio eſt. l. nam hoc, quarto, D. de cond. indeb. Quæro ex Iuriſconſultis, & Academiarum omnium Doctoribus, aduocatis, cauſſidicis & pragmaticis omnibus quid iuris? Atque vt Relatorum & conſultorum quorundam more, meam ſententiam primus exponam, crederem, ſi mei iudicij res eſſet, diſtinctionem adhibendam eſſe, quotam vterque partem ex fratris ſui peculio perceperit. Nam (vt inter omnes conſtat) patre mortuo filiorum peculia cum hereditate paterna confunduntur: ſic, vt in familiæ erciſcundæ iudicio proportionibus hereditariis inter illos diuidantur. l. certum, 13. C. famil. erciſ. l. filiæ, 12. C. de collat. Sed quotam quiſque ex peculio fratris partem perceperit, magnæ quæſtionis videtur. Imò verò dubitari magnopere videtur poſſe, quanta vtriuſque peculij quantitas fuerit: propter vulgatam regulam, qua dicitur, id quod peculiatus naturaliter debet, eius peculium imminuere: viciſsímque quod ei naturaliter debetur, eius

pec

peculium augere.l.6.§.sicut.D.de pecul.leg.l.7.§.3.D.de pecul.Quod si verum est in Primi peculio quinquaginta tantùm numerandi sunt: in Secundi verò centum:& consequenter,Primus in hereditate diuidenda ex Secundi peculio quinquaginta ,Secundus autem, ex Primi tantùm vigintiquinque perceperit. Quod mihi longè videtur secus. Intelligendum est enim, totam istam,siue Prætorum,siue Iurisconsultorum,qui Prætoris edictum interpretati sunt, fictionem esse:qui ad effectum de peculio actionis,interdum imputationibus,interdum deductionibus vtuntur, & ea fingunt inesse in peculio, quæ non sunt : vicissímque abesse illa, quæ tamen eo continentur. veluti cùm Prætor id imputat in peculium , quod dolo domini factum est , quo minus sit. l.summa,21. D.de pecul. Item cùm ea deducuntur(id est abesse finguntur ) quæ patri dominóve , aut iis qui in eiusdem potestate aut tutela aut cura sunt , debentur.l.4.& l.8.§.prætoria,& §.peculium,& §.seq. adeo vt singula corpora rerum peculiarium , pro rata diminui dicantur. quæ tota fictio & imaginatio est, ad effectum, vt dixi, de peculio actionis accommodata. l.6. & l.8. D. de pecul.leg.l.seruus.30.D.de act.empt.Superius autem demonstratum est in istis naturalibus obligationibus & condictionibus , factum , id est veritatem solam, spectari:neque vllis fictionibus locum permitti. l. nec seruus, 41. D. de pecul. l.si quod dominus, 64. D.de cond. indeb. Quare in æstimãda quantitate peculiorum cau-

tio hæc adhibeatur, vt imputationes & deductiones& ceteræ fictiones remoueantur: solúmque (vt Iurisconsul. loquuntur) factum naturaliter, & pingui Minerua, consideretur. Quod cùm fiet, tum perfacilis ad illam quantitatem definiendam via ratióque patebit. nam in Secundi peculio, patre mortuo, ea tantùm summa numerabitur, quæ reuera, & (vt ita dicam) de facto reperitur. nimirum quinquaginta, quæ Primus à Secundo mutuatus fuerat, neutrubi computentur: quia neutrubi naturaliter reperiuntur: quippe consumpta & perempta: cùm pecunia ipso vsu & permutatione extinguatur. §.2. Inst. de vsufr. Atque id omnino dici necesse est. necesse, inquam est, quinquaginta mutuò à Primo sumpta, perempta atque extincta dicere: neque in eius peculio reperiri. Id quod ex Africani verbis cogi & conuinci potest, cùm ita loquitur, *Naturalem enim obligationem, quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod frater Secundus partem ex Primi peculio sit consecutus.* Nam si quinquaginta illi mutuò accepti, reperti in Primi peculio fuissent, cum patris hereditate confusi permixtíque fuissent. Si confusi fuissent, tum vterque frater, qui ex æquis partibus patri heres exstiterat, centenos suos peculiarios aureos recepisset: si Secundus suos centenos recepisset, in iis suos quinquaginta, qui partem illius summæ efficiebant, recepisset. Si totam suam summam recepisset, Primus ei nulla in re debitor mansisset. Falsum est autem postremum: quoniam Africanus scribit, Primum post patris mortem natur

naturaliter obligatum mansisse. falsa igitur quæ antecedunt omnia. Nam (vt Tullius scribit) quum consequens aliquod falsum est, illud cuius est consequens, non potest esse verum. Restat igitur vt ad primam quæstionem redeamus, An & quatenus quod Primus Secundo naturaliter debitum post patris mortem soluit, tanquam indebitum condicat: & remoto Africano sic respondeamus, Quoniam Secundus ex Primi peculio quinquaginta consecutus est, (quod per ius ciuile contra iuris naturalis rationem factum est) æquitas naturalis (qua sola naturales obligationes nituntur) postulat vt ea compensentur. l. sexta, D. de compens. Totos igitur (inquiet Primus) eos quinquaginta aureos, quos tibi postea persolui, te mihi reddere oportet. Ex contrario Secũdus ita referet, At tu quoq; quod ex meo peculio percepisti, vicissim deducito: nimirum aureos xxv. quod naturalis quoque ratio & æquitas flagitat. Ex quo, subducta vtrinque ratione, consequetur, Primum à Secundo per indebiti condictionem tantùm xxv. repetiturum. Rectè igitur cum negatione ex Africani verbis sic respondemus: Pro qua parte Primus patri heres exstitit (id est, pro rata parte semissis (quia xxv. ex Secundi peculio percepit, nihil ab eo repetiturus est. At pro qua parte Secundus patri similiter heres exstitit, & partem ex Primi peculio consequutus est, ita Primus repetiturus est, si non minus ex peculio ad Secundum fratrem suum peruenisset, quàm quantum ei Secundo debebatur, quod

nunc accidit: nam Secundo debebantur. L. idem ex Primi peculio L. consequutus est. Eatenus igitur Primus ex illa summa repetiturus est, quatenus Secundus plus percepit, quàm ex æquitate naturali ei debebatur: nimirum XXV. Atque ita Secundo solida, integra, illibata sui veteris peculij quantitas constabit. nam quum Primus post patris mortem in percipienda hereditate, XXV. ex Secundi peculio cepisset, tantùm illi Secundo XXV. restabant. rursus Secundus in percipienda hereditate ex Primi peculio L. consecutus est. vnde efficiuntur LXXV. postea Primus per errorem insuper illi L. dissoluit. vnde efficiuntur CXXV. Repetantur per Primum XXV. Non Archimedes, non Pythagoras, non Minerua (quæ numerorum inuentrix fuisse dicitur) melius vnquam, aut certius, aut liquidius rationem vllam confecerit.

APPENDIX.

Ex Musæo nostro, anno 1575. Recognoui, & rata eadem habui anno 1585. quinetiam confirmationis caussa hæc subiunxi: Ex eodem commentorum & fictionum genere illud est, Fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, pro eadem persona numerari. atque iccircò neutrum alteri testem in re alterius esse posse. §. sed neque, Inst. de testament. Vlp. tit. regul. 20. & l. pater, 17. D. de testib. item, cùm Senatus prohibuisset tutorem filio suo pupillam suam matrimonio iungere, Tryphoninus subtiliter argumentatus est, non modò vice versa filiumfam. prohiberi, patri suo pupillam suam nuptum dare: verùm

re:verùm etiam fratri ſuo qui in eiuſdem poteſtate eſt.l.non ſolùm,67.§.1.D.de rit.nup.quaſi videlicet fratris commodis ſeruiens lucro & commodo ſuo in conturbandis tutelæ rationibus ſeruire intelligeretur: & nubenti pupillæ auctoritatem præbens, in rem ſuam auctor eſſet:contra l.7.D.de auct.tut. Pari ratione quod dicitur de patre & filio, vt quod vni debetur, alteri debitum intelligatur: pro duci eadem fictione & commentitio iure poteſt ad duos fratres: vt ſi decem ab eo, cum quo contractum eſt, petantur, compenſare quinque poſſit, quæ fratri ſuo debebuntur.d.l.9.D.de compenſ. Ex eodem commentorum genere etiam illud eſt, vt iniuria facta nepoti ex filio in poteſtate retento, videatur facta & patri & fillio,& auo.l.8. D.de procurat.Item,vt neque patri à filio,neq; filio à patre, neque fratri à fratre, neque filiofamil. ab ipſius filio, vel ex diuerſo huic ab illo, neque ſeruo patris à filio rectè legetur: ſiquidem in eadem cauſſa permanſerint.l.quæſitum,91. D.de leg.1. §.aufertur,28.Inſtit.de leg. l.cum legato,17.D.quand.dies leg. item vt non aliter fideicommiſſo pater filij heredis inſtituti onerari poſſit,quàm ſi vel extraneo,vel ipſi filio,poſt ſui iuris adeptionem dare ſit rogatus:l.cùm filio,11. D. de legat.1.l.quamuis, 16.C.de fideicomm.



# INDEX
## RERVM ET VERBORVM in Quæstionum illustrium libro memorabilium.



Auo

Host

quæ

S



T



Tyran



# INDEX LOCORVM QVOS AVCTOR in hoc libro emendauit.





FINIS.

*Ex typographia Antonij Candidi.*

